



atlas

6

DIREITO CIVIL

Sucessões

SÍLVIO DE SALVO **VENOSA**

17.^a edição

DIREITO CIVIL

Sucessões



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em www.grupogen.com.br.

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

6

DIREITO CIVIL
Sucessões

SÍLVIO DE SALVO VENOSA

17.^a edição



■ A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2017 by

EDITORA ATLAS LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

■ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

■ E-mail do autor: silvio@silviovenosa.com.br

■ Capa: Danilo Oliveira

■ Fechamento desta edição: 20.10.2016

■ Produção Digital: One Stop Publishing Solutions

■ CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

V575d

V. 6

Venosa, Sílvio de Salvo

Direito civil: sucessões / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.
(Coleção Direito Civil; 6)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-970-0982-8

1. Direito civil – Brasil. I. Título. II. Série.

NOTA À 17^A EDIÇÃO

SUMÁRIO

1 Noções Introdutórias

- 1.1 Sucessão. Compreensão do Vocábulo. O Direito das Sucessões
- 1.2 Direito das Sucessões no Direito Romano
- 1.3 Ideia Central do Direito das Sucessões
- 1.4 Noção de Herança
- 1.5 Sucessão Legítima e Testamentária. Lei Aplicável. Legado não se Confunde com Herança

2 Abertura da Sucessão. Transmissão da Herança. Aceitação e Renúncia da Herança. Cessão da Herança

- 2.1 Fato que Determina a Sucessão
- 2.2 Momento da Abertura da Sucessão. A Comoriência
- 2.3 Transmissão e Aceitação da Herança. Lei que Regula a Sucessão e a Legitimação para Suceder
- 2.4 Aceitação da Herança. Conteúdo. Formas. Renúncia
 - 2.4.1 Direito de Deliberar
 - 2.4.2 Aceitação da Herança sob Benefício de Inventário
- 2.5 Cessão de Direitos Hereditários (Venda ou Alienação da Herança ou de Bens da Herança)

3 Inventário: Noção. Posse dos Herdeiros e Posse do Inventariante. Indivisibilidade da Herança. Capacidade para Suceder. Pactos Sucessórios

- 3.1 Inventário e Indivisibilidade da Herança
 - 3.1.1 Foro Competente
 - 3.1.2 Inventariança
 - 3.1.3 Nomeação e Remoção do Inventariante
 - 3.1.3.1 Leitura complementar
- 3.2 Indivisibilidade da Herança
- 3.3 Capacidade para Suceder
- 3.4 Pactos Sucessórios

4 Capacidade para Suceder. Indignidade. Aparência e Herdeiro Aparente

- 4.1 Capacidade para Suceder
- 4.2 Indignidade para Suceder
- 4.3 Características da Indignidade
- 4.4 Efeitos da Indignidade
- 4.5 Reabilitação do Indigno
- 4.6 Casos de Indignidade
- 4.7 Aparência e Herdeiro Aparente. O Art. 1.817 do Código Civil. Posição do Herdeiro Aparente no Código de 2002

5 Herança Jacente. Herança Vacante. Sucessão do Estado. Sucessão do Ausente

- 5.1 Herança sem Herdeiros. Jacência
- 5.2 Casos de Herança Jacente
- 5.3 Arrecadação dos Bens da Herança Jacente
- 5.4 Herança Vacante
- 5.5 Sucessão do Estado
- 5.6 Sucessão do Ausente. Sucessão Provisória e Definitiva

6 Inventários e Arrolamentos. Processo. Petição de Herança

- 6.1 Inventário e Partilha. Judicialidade e Extrajudicialidade do Inventário. Lei nº 11.441/07. Questões de Alta Indagação
 - 6.1.1 Inventário e Partilha Extrajudicial. Aspectos do Inventário Judicial
- 6.2 Dispensa do Processo de Inventário. Alvarás
- 6.3 Inventário Negativo
- 6.4 Legitimidade para Requerer o Inventário. Prazos
- 6.5 Foro do Inventário
- 6.6 Questões Relativas à Inventariança
- 6.7 Primeiras Declarações
- 6.8 Citações no Inventário
- 6.9 Fase das Impugnações no Inventário
- 6.10 Fase de Avaliação e Cálculo do Imposto. Últimas Declarações
- 6.11 Imposto *Causa Mortis*
- 6.12 Arrolamentos

6.13 Petição de Herança

7 **Vocação Hereditária. Sucessão Legítima e Testamentária. Ordem de Vocação Hereditária**

7.1 Sucessão Legítima e Testamentária

7.2 Origens Históricas

7.3 Sucessão em Linha Reta: Sucessão dos Descendentes

7.4 Igualdade de Direito Sucessório dos Descendentes na Atualidade. O Art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988

7.5 Direito de Representação. Representação na Classe dos Descendentes

7.5.1 Fundamento do Instituto da Representação

7.5.2 Requisitos da Representação

7.5.3 Efeitos da Representação

7.6 Sucessão dos Ascendentes

7.7 Sucessão do Cônjuge Sobrevivente

7.7.1 Meação do Cônjuge

7.7.2 Sucessão do Cônjuge. Evolução na Posição Sucessória da Mulher

7.7.2.1 A sucessão do cônjuge no Código de 2002

7.7.2.2 Legitimidade do cônjuge para suceder

7.8 União Estável. Direito Sucessório dos Companheiros

7.8.1 Direitos Sucessórios dos Companheiros no Código de 2002

7.9 Sucessão dos Colaterais

7.10 Sucessão do Estado

7.11 Sucessão do Cônjuge. Direito Real de Habitação

7.11.1 Antecedentes. Princípios

7.11.2 Direito de Habitação e União Estável

7.11.3 Aspectos do Direito Real de Habitação Sucessório. Soluções

8 **Herdeiros Necessários. Porção Legítima. Inalienabilidade e Outras Cláusulas Restritivas**

8.1 Restrição à Liberdade de Testar. Histórico. Fundamento

8.1.1 Cálculo das Doações no Cômputo das Legítimas

8.2 Restrições que Pode Sofrer a Legítima. A Cláusula de Inalienabilidade

8.2.1 Conceito da Cláusula de Inalienabilidade

- 8.2.2 Espécies de Inalienabilidade
- 8.2.3 Efeitos da Inalienabilidade. Exceções
- 8.3 Cláusula de Incomunicabilidade
- 8.4 Cláusula de Impenhorabilidade
- 8.5 Cláusula de Conversão de Bens da Legítima
- 8.6 Cláusula de Administração de Bens à Mulher Herdeira no Códigode 1916
- 8.7 Sub-rogação de Vínculos
- 8.8 Cláusulas Restritivas no Código Civil de 2002

9 Testamento

- 9.1 Introdução
- 9.2 Aspectos Históricos
- 9.3 Definição, Conceito e seus Elementos Constitutivos
 - 9.3.1 O Testamento é Negócio Jurídico
 - 9.3.2 O Testamento é Ato Unilateral
 - 9.3.3 O Testamento é Ato de Última Vontade ou *Causa Mortis*
 - 9.3.4 O Testamento é Negócio Jurídico Revogável
 - 9.3.5 O Testamento é Ato Solene
 - 9.3.6 O Testamento é Ato Personalíssimo
- 9.4 Disposições não Patrimoniais do Testamento
- 9.5 Gratuidade do Testamento

10 Capacidade de Testar e Capacidade de Adquirir por Testamento

- 10.1 Capacidade de Testar (Capacidade Testamentária Ativa)
 - 10.1.1 Incapacidade em Razão da Idade
 - 10.1.2 Incapacidade por Falta de Discernimento ou Enfermidade Mental
 - 10.1.3 Diferença entre Incapacidade de Testar e Vícios de Vontade
 - 10.1.4 Surdos-mudos
- 10.2 Sobre Outras Incapacidades
- 10.3 Capacidade de Adquirir por Testamento (Capacidade Testamentária Passiva)
 - 10.3.1 Situação do Nascituro

10.3.2 Atribuição Testamentária à Prole Eventual

10.4 Incapacidade Relativa ou Falta de Legitimação para Adquirir por Testamento

10.5 Simulação de Contrato Oneroso e Interposição de Pessoas

11 Formas de Testamento. Testemunhas. Codicilos

11.1 Introdução

11.2 Perda, Extravio ou Destruição do Testamento

11.3 Testamento Público

11.3.1 Registro e Cumprimento do Testamento Público (Disposições Processuais)

11.4 Testamento Cerrado (Secreto ou Místico)

11.4.1 Atividade Notarial no Testamento Cerrado

11.4.2 Testador e sua Posição no Testamento Cerrado

11.4.3 Abertura, Registro e Cumprimento do Testamento Cerrado (Disposições Processuais)

11.5 Testamento Particular

11.5.1 Testamento Particular Excepcional

11.5.2 Publicação e Confirmação do Testamento Particular (Disposições Processuais)

11.6 Testamentos Especiais

11.7 Testemunhas Testamentárias no Código de 1916

11.7.1 Testemunhas no Testamento no Código de 2002

11.8 Codicilos

12 Disposições Testamentárias: Conteúdo, Interpretação e Análise

12.1 Conteúdo do Testamento

12.2 Interpretação da Vontade Testamentária

12.3 Disposições Simples, Condicionais, com Encargo, por Certa Causa e a Termo

12.4 Identificação dos Beneficiários. Disposições Nulas. Pluralidade de Sucessores. Disposições Testamentárias Anuláveis

13 Legados. Modalidades

13.1 Interação do Conceito

13.2 Legado de Coisa Alheia

13.3 Legado de Usufruto e Direitos Reais Limitados

13.4 Legado de Imóvel

13.5 Legado de Alimentos

13.6 Legado de Crédito

14 Efeitos dos Legados e seu Pagamento

14.1 Forma de Aquisição dos Legados

14.2 Quem Efetua o Pagamento dos Legados

14.3 Efeitos

15 Caducidade dos Legados

15.1 Introdução

15.2 Modificação da Coisa Legada

15.3 Alienação da Coisa Legada

15.4 Perecimento ou Evicção da Coisa Legada

15.5 Caducidade por Indignidade

15.6 Caducidade pela Premorte do Legatário

16 Direito de Acrescer entre Herdeiros e Legatários

16.1 Introdução. Conceito

16.2 Direito de Acrescer entre Coerdeiros

16.3 Direito de Acrescer entre Legatários

16.4 Direito de Acrescer no Usufruto

17 Substituições. Fideicomisso

17.1 Substituições. Conceito. Origem. Vontade do Testador e Limites Legais

17.2 Substituição Vulgar e Recíproca

17.3 Fideicomisso

17.3.1 Histórico do Fideicomisso

17.3.2 Modalidades de Fideicomisso. Objeto. Duração. Fideicomisso Residual

17.3.3 Fideicomitente, Fiduciário e Fideicomissário. Direitos e Deveres. Caducidade e Extinção do Fideicomisso

17.3.4 Fideicomisso e Usufruto

17.3.5 Utilidade do Fideicomisso

18 Deserdação

18.1 Exclusão dos Herdeiros Necessários

18.2 Origens Históricas

18.3 Requisitos da Deserdação

18.4 Prova da Causa da Deserdação

18.5 Casos de Deserdação

18.6 Efeitos da Deserdação

18.6.1 Os Efeitos não Passam da Pessoa do Deserdado

18.6.2 Diferenças na Situação Jurídica do Indigno e na Situação Jurídica do Deserdado

18.6.3 Destino dos Bens que Caberiam ao Deserdado

19 Redução das Disposições Testamentárias

19.1 Conceito

19.2 Procedimento para a Redução

19.3 Cálculo da Parte Inoficiosa

19.3.1 Doações e Parte Inoficiosa

19.4 Regras para a Redução

20 Nulidades do Testamento. Revogação e Caducidade

20.1 Nulidades em Matéria de Testamento

20.2 Revogação do Testamento

20.2.1 Revogação pela Abertura ou Dilaceração do Testamento Cerrado

20.2.2 Revogação Presumida (Ruptura do Testamento)

20.3 Caducidade dos Testamentos

21 Testamenteiro

21.1 Conceito. Origens

21.2 Natureza Jurídica

21.3 Da Necessidade da Testamentaria

21.4 Escolha e Nomeação do Testamenteiro

21.5 Posse dos Bens da Herança

21.6 Obrigações do Testamenteiro

- 21.7 Testamenteiros Simultâneos
- 21.8 Remuneração do Testamenteiro (a Vintena)
- 21.9 Extinção da Testamentaria

22 Sonegados

- 22.1 Conceito
- 22.2 Requisitos da Sonegação
- 22.3 Quem Pode Praticar a Sonegação
- 22.4 Momento em que Ocorre a Sonegação
- 22.5 Quem Pode Mover Ação de Sonegados
- 22.6 Ação de Sonegados
- 22.7 Efeitos da Sonegação. Penas

23 Colações

- 23.1 Conceito. Fundamento
- 23.2 Colação e Redução das Liberalidades
- 23.3 Quem Deve Colacionar
- 23.4 Momento da Colação. Procedimento
- 23.5 Valor da Colação
- 23.6 Objeto da Colação. Bens que não são Colacionados

24 Partilha. Garantia dos Quinhões. Invalidade da Partilha

- 24.1 Partilha. Conceito. Início do Procedimento
- 24.2 Espécies de Partilha
- 24.3 Regras a Serem Observadas para uma Partilha Melhor
- 24.4 Frutos dos Bens Hereditários
- 24.5 Partilha Feita em Vida
- 24.6 Sobrepartilha
- 24.7 Garantia dos Quinhões Hereditários. Responsabilidade pela Evicção
- 24.8 Invalidade da Partilha: Nulidade e Anulação. Rescisão da Sentença de Partilha

25 Encargos de Herança. Pagamento das Dívidas

- 25.1 Espólio. Encargos da Massa Hereditária

25.2 Procedimento para o Pagamento das Dívidas do Espólio

25.3 Dívidas da Massa Hereditária: Dívidas Póstumas. Dívidas com Privilégio Geral

25.4 Responsabilidade dos Herdeiros

25.5 Pedido de Separação de Patrimônios Feito por Legatários e Credores

Bibliografia

Índice Remissivo

1

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Suceeder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito.

Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve uma transmissão no direito ou uma sucessão. Assim, o comprador sucede ao vendedor na titularidade de uma coisa, como também o donatário sucede ao doador, e assim por diante.

Destarte, sempre que uma pessoa tomar o lugar de outra em uma relação jurídica, há uma sucessão. A etimologia da palavra (*sub cedere*) tem exatamente esse sentido, ou seja, de alguém tomar o lugar de outrem.

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.

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

Assim como entre vivos a sucessão pode-se dar a título singular (num bem ou em certos bens determinados), ou a título universal (como, por exemplo, quando uma pessoa jurídica adquire a totalidade do patrimônio de outra, direitos e obrigações, ativo e passivo), também no direito das sucessões, que ora passamos a estudar, existem os dois tipos de sucessão. Quando, pela morte, é transmitida uma universalidade, ou seja, a totalidade de um patrimônio (ver noção do instituto no v. 1 desta obra), dá-se a sucessão hereditária, tem-se a *herança*, que é uma universalidade, pouco importando o número de herdeiros a que seja atribuída. A sucessão a título singular, no direito hereditário, ocorre, por via do testamento, quando o testador, nesse ato de última vontade, aquinhua uma pessoa com um bem certo e determinado de seu patrimônio, um legado. Cria, assim, a figura do legatário o titular do direito, e o legado, o objeto da instituição feita no testamento. Tais noções introdutórias serão retomadas em breve.

Vê-se, então, que o direito que vamos estudar neste volume, tratado como direito das sucessões e

disciplinado no atual Código sob tal título no Livro V, a partir do art. 1.784, é o último compartimento do direito civil ali colocado e trata das regras de transmissão de bens em razão da morte de um titular. A terminologia *Direito das Sucessões*, portanto, para os juristas, tem alcance certo e não se confunde com as sucessões operadas em vida, pelos titulares dos direitos, normalmente disciplinadas pelo direito das obrigações, embora não seja privilégio único deste compartimento do direito.

O compartimento das sucessões, ao contrário do que ocorre nas obrigações e nos direitos reais, foi o que mais sofreu mutações com relação ao direito moderno. Isso porque uma das fundamentais características do direito clássico era de que o herdeiro, na época, substituía o morto em todas as relações jurídicas e, também, nas relações que nada tinham a ver com o patrimônio, mas com a religião. O sucessor *causa mortis* era o continuador do culto familiar. A continuação da pessoa do morto no culto doméstico era uma consequência necessária da condição assumida de “herdeiro” (Arrangio-Ruiz, 1973:576).

A situação assim se apresentava porque o direito de propriedade estabeleceu-se para a efetivação de um culto hereditário, razão pela qual não se podia extinguir pela morte do titular. Deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguísse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio. O lar não poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade (Coulanges, 1957:101).

Assim, a aquisição da propriedade fora do culto era exceção. Por essa razão, o testamento sempre foi muito importante em Roma e nos demais povos antigos, assim como o instituto da adoção. A morte sem sucessor traria a infelicidade aos mortos e extinguiria o lar, segundo acreditavam. Cada religião familiar era própria e específica de cada família, independia do culto geral da sociedade. Por meio da adoção e do testamento, o romano impedia que se extinguísse a religião. Segundo lembra Fustel de Coulanges, a felicidade durava enquanto durasse a família; com a descendência continuaria o culto. Também, nessa linha social, a sucessão só se operava na linha masculina, porque a filha não continuaria o culto, já que com seu casamento renunciaria à religião de sua família para assumir a do marido. Isso ocorria na generalidade das civilizações antigas, apresentando resquícios em certas legislações modernas, que dão maiores vantagens ao filho varão, mantendo a tradição arraigada no espírito dos povos latinos atuais de valorizar mais o nascimento do filho homem.

No direito oriental antigo, nada existe de palpável, para concluir por outra forma de sucessão que não aquela sem testamento, apesar de se ter notícia do testamento entre os hebreus (Nascimento, 1979:67). Era peculiar ao velho direito oriental a faculdade de o pai distribuir seu patrimônio, em vida, entre os herdeiros.

Os romanos, assim como os gregos, admitiam as duas formas de sucessão, com ou sem testamento. O direito grego, contudo, só admitia a sucessão por testamento na falta de filhos.

No Direito Romano, a sucessão testamentária era a regra, daí a grande importância do testamento na

época. Isso era consequência da necessidade de o romano ter sempre, após sua morte, quem continuasse o culto familiar. Pelas mesmas razões tinha importância o instituto da adoção. A propriedade e o culto familiar caminhavam juntos. A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto.

A linha hereditária, portanto, surgia na continuidade do filho varão. A filha, se herdeira, o era sempre provisoriamente (se solteira), em situação assemelhada ao usufruto (Coulanges, 1957:103). Eram criadas várias situações para que a filha casasse e a herança passasse ao marido.

O testamento passa a ser conhecido em Roma só na época clássica, sendo desconhecido, ao que tudo indica, nos primórdios da história romana.

Afora o interesse religioso na sucessão hereditária, até aqui destacado, na herança, já havia o interesse dos credores do defunto, que tinham na pessoa do herdeiro alguém para cobrar os créditos, já que o patrimônio do herdeiro, à época, unia-se ao patrimônio do falecido (Petit, 1970:666). A divisão de patrimônios, do morto e do herdeiro, como veremos, surge muito mais tarde, no curso da história.

Ainda, na ausência de herdeiro, não fosse simplesmente o problema religioso, os credores podiam apossar-se dos bens da pessoa falecida, vendendo-os em sua totalidade, como uma universalidade. Tal venda de bens (*bonorum venditio*) “*manchava de infâmia a honra do defunto*” (Petit, 1970:666).

A noção de sucessão universal já era bem clara no Direito Romano: o herdeiro recebia o patrimônio inteiro do falecido, assumindo a posição de proprietário, podendo propor ações na defesa dos bens e ser demandado pelos credores. Ao contrário do que ocorre modernamente, a sucessão por testamento não podia conviver com a sucessão por força da lei. Ou era nomeado um herdeiro pelo ato de última vontade do autor da herança, ou era, na falta de testamento, a lei quem indicava o herdeiro. A essa noção voltaremos ao falar do testamento.

O homem, pouco importando a época ou sua crença, sempre acreditou, ou ao menos esperou, poder transcender o acanhado lapso de vida. Já vimos que a personalidade surge com o nascimento e extingue-se com a morte. No direito sucessório, porém, não se pode aplicar o brocardo *mors omnia solvit*, uma vez que as relações jurídicas permanecem após a morte do titular.

Há, pois, uma ideia central inerente no corpo social, que é a da figura do *sucessor*. Essa noção parte de uma das ficções mais arraigadas no pensamento social, ou seja, a ideia de continuação ou continuidade da pessoa falecida (autor da herança) na pessoa do sucessor universal (veremos que a figura do sucessor singular na herança, o legatário, requer já uma especificação jurídica).

Como vimos, se hoje o direito moderno só vê a sucessão *causa mortis* sob o ponto de vista material, sua origem histórica foi essencialmente extrapatrimonial. Inobstante, hoje a ideia de que o sucessor continua as relações jurídicas da pessoa falecida permanece viva.

A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais.

Para ele, ao resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988), está também protegendo a família e ordenando sua própria economia. Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço. Como lembra Washington de Barros Monteiro (1977, v. 67), até mesmo a revolução russa teve que voltar atrás, uma vez que abolira o direito sucessório. A constituição soviética de 1936 acabou por restabelecer o direito à herança, sem restrições.

Assim, torna-se despidendo analisar a posição histórica dos que, no passado, impugnavam o direito sucessório.

O direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores. A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) transfere-se dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: a chamada “sucessão legítima”. O legislador determina uma ordem de sucessores, a ser estabelecida, no caso de o falecido não ter deixado testamento, ou quando, mesmo perante a existência de ato de última vontade, este não puder ser cumprido.

Divaga-se a respeito de porque o testamento é tão pouco utilizado entre nós. Uma primeira resposta a essa indagação é justamente porque a ordem de chamamento hereditário feito pela lei atende, em geral, ao vínculo afetivo familiar. Normalmente, quem tem um patrimônio espera que, com sua morte, os bens sejam atribuídos aos descendentes. E são eles que estão colocados em primeiro lugar na vocação legal. Entre nós é possível a convivência da sucessão legítima (a que decorre da ordem legal) com a sucessão testamentária (a que decorre do ato de última vontade, do testamento).

No Direito Romano, o princípio era diverso: a sucessão *causa mortis* ou se deferia inteiramente por força de testamento, ou inteiramente pela ordem de vocação legal. Isso porque o patrimônio do defunto se transmitia de forma integral. Caso o autor da herança falecesse com testamento, o herdeiro nomeado, como vimos, seria um continuador do culto, recebendo todo o patrimônio.

Daí então as duas formas de sucessão que nos vêm do velho direito: uma regulada pela vontade do falecido, *a sucessão testamentária*, e outra derivada da lei, ou seja, *a sucessão ab intestado* (sem testamento).

Outra noção central no direito das sucessões é a que decorre da ideia de propriedade. Só se transferem bens e direitos pertencentes a alguém. A ideia central da sucessão deriva, portanto, da conceituação da propriedade e, como tal, sendo dela um reflexo, depende do tratamento legislativo da propriedade. Assim, tanto mais amplo será o direito sucessório quanto maior for o âmbito da propriedade privada no sistema legislativo. E vice-versa, tanto mais restrita será a transmissão sucessória quanto mais restrito for o tratamento da propriedade privada na lei.

Daí por que só se pode falar em direito das sucessões quando a sociedade passa a conhecer a propriedade privada. Enquanto, no curso da civilização, a propriedade for coletiva, pertencente a um grupo social, não haverá sucessão individual.

Sempre temos afirmado que o direito não possui compartimentos estanques. O direito é um só, interpenetra-se. A noção de propriedade individual foi fator de agregação da família. Quando se corporifica a família, nasce a propriedade privada. Com a família e a propriedade surge o direito sucessório como fator de continuidade do corpo familiar (com cunho exclusivamente religioso, a princípio), como vimos.

Desse modo, a ligação do direito das sucessões com o direito de família e o direito das coisas é muito estreita. Como a transmissão da herança envolve ativo e passivo, direitos e obrigações, não se prescinde no campo ora estudado do direito das obrigações e muito menos da parte geral do Código Civil. Essa a razão pela qual o direito das sucessões é colocado como a última parte do Código e, também, didaticamente, é o último compartimento de estudo nas escolas de Direito.

Contudo, no âmbito da interação do Direito, o direito sucessório será continuamente tocado por outros campos do direito, como o direito tributário (mormente para o recolhimento do imposto específico, *causa mortis*; questões de imposto de renda relativas ao *de cuius* etc.), o direito previdenciário, o direito penal (para exame das causas de deserção e indignidade, por exemplo), isso sem falar do direito processual, no procedimento do inventário e seus incidentes e das ações derivadas da herança, como a ação de sonogados e de petição de herança.

Embora, com frequência, seja empregado o termo *sucessão* como sinônimo de herança, já vimos que é necessária a distinção. A sucessão refere-se ao ato de suceder, que pode ocorrer por ato ou fato entre vivos ou por causa da morte.

O termo *herança* é exclusivo do direito que ora estudamos. Daí entender-se *herança* como o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.¹

A expressão *de cuius* está consagrada para referir-se ao morto, de quem se trata da sucessão (retirada da frase latina *de cuius successione agitur*). Já nos referimos ao termo *espólio* como o conjunto de direitos e deveres pertencentes à pessoa falecida, ao *de cuius*, ao tratarmos dos grupos com personificação anômala (*Direito civil: parte geral*, seção 14.6.2). O espólio é visto como uma simples massa patrimonial que permanece coesa até a atribuição dos quinhões hereditários aos herdeiros. O termo *espólio* é usado sob o prisma processual, sendo o inventariante quem o representa em juízo (art. 75, VII, do CPC).

Destarte, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o *patrimônio do de cuius*. Definimos o patrimônio como o *conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa*. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do *autor da herança*.

O patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente. Os direitos e deveres meramente pessoais, como a tutela, a curatela, os

cargos públicos, extinguem-se com a morte, assim como os direitos personalíssimos.

A compreensão da herança é de uma universalidade. O herdeiro recebe a herança toda ou uma quota-fração dela, sem determinação de bens, o que ocorrerá somente na partilha. O herdeiro pode ganhar essa condição por estar colocado na ordem de vocação hereditária (art. 1.829) ou por ter sido aquinhoadado com uma fração da herança por testamento. A figura do *legatário* só pode derivar do testamento. O legatário recebe coisa ou coisas determinadas do monte hereditário. Por isso o herdeiro é sucessor universal do *de cuius*; o legatário é sucessor singular, como estudaremos.

Interessa notar que, com a morte do sujeito, desaparece o titular do patrimônio. No entanto, por uma necessidade prática, o patrimônio permanece íntegro, sob a denominação de espólio, como vimos. A unidade patrimonial, até a atribuição aos herdeiros e legatários, permanece como uma unidade teleológica. Isto é, o patrimônio permanece íntegro, objetivando, tendo por finalidade facilitar a futura divisão ou transmissão integral a um só herdeiro (Zannoni, 1974:57). Portanto, o espólio é uma criação jurídica. Daí referirmo-nos a ele como uma entidade com personalidade anômala.

Durante o período em que a herança tem existência, o patrimônio hereditário possui o caráter de indiviso, como consequência da universalidade que é. Cada herdeiro se porta como condômino da herança.

Embora a herança seja uma unidade abstrata, ideal, que pode até mesmo prescindir da existência de bens materiais, não se deve acreditar, de plano, que seja indivisível. Quando existem vários herdeiros chamados a suceder o *de cuius*, divide-se entre eles em partes ideais, fracionárias, de metade, um terço, um quarto etc. Desse modo, a unidade da universalidade concilia-se com a coexistência de vários herdeiros, porque cada um deles tem direito a uma quota-parte ou porção ideal da universalidade. A ideia é de condomínio, como já dito. Disso decorrem muitas consequências, como se pode prever. Cada um dos herdeiros é potencialmente proprietário do todo, embora seu direito seja limitado pela fração ideal.²

A herança dá-se por lei ou por disposição de última vontade (art. 1.786). O testamento traduz esta última vontade, como veremos. Quando houver testamento, atende-se, no que couber, segundo as regras hereditárias, a vontade do testador. Quando não houver testamento ou no que sobejar dele, segue-se a ordem de vocação hereditária legítima, isto é, estabelecida na lei. Entre nós, portanto, podem conviver as duas modalidades de sucessão, o que não ocorria no velho Direito Romano. A vocação legítima prevalece quando não houver ou não puder ser cumprido o testamento. A sucessão testamentária é detalhadamente ordenada pelo nosso ordenamento, como veremos.

Matéria que passa doravante a ter maior importância, face ao novel ordenamento, diz respeito à lei aplicável às sucessões abertas. O art. 1.787 regula de forma tradicional o fenômeno, determinando que se aplique a lei vigente ao tempo da morte, a sucessão e a legitimação para suceder. Desse modo, as

sucessões hereditárias que se abriram até a data do término da vigência do Código de 1916 serão regidas por ele. Desse modo, quem era considerado herdeiro naquele momento concorrerá a herança, ainda que o mais recente ordenamento o exclua dessa condição.³

Por outro lado, o testamento feito sob a égide formal do Código de 1916 será válido e os testamentos elaborados dentro da vigência do mais recente Código devem obedecer a seus requisitos formais. Isso quanto aos aspectos formais. Prevalece a regra do momento da morte quanto à capacidade para suceder, aplicando-se o art. 1.787.

Embora o novel estatuto não mais se refira no citado artigo sobre a capacidade para suceder, porque termo redundante no dispositivo, a capacidade para suceder e para adquirir herança é verificada no momento da abertura da sucessão. Desse modo, não há possibilidade de ser aplicada lei mais ou menos favorável porque os termos peremptórios da lei são inflexíveis. A lei do momento da morte será a reguladora. Como recorda Eduardo de Oliveira Leite a matéria ganhou vital importância com a Constituição de 1988, que igualou o direito dos filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º) (2003:30).

Já apontamos anteriormente e agora acentuamos a diferença entre herança e legado. Dissemos que a herança é uma universalidade. Os herdeiros, não importando o número, recebem uma fração indivisa do patrimônio, até que sua quota-parte se materialize na partilha.

Legado é um bem determinado, ou vários bens determinados, especificados no monte hereditário. O *legatário* sucede a título singular, em semelhança ao que ocorre na sucessão singular entre vivos. Só existe legado, e conseqüentemente a figura do legatário, no testamento. Não tendo o morto deixado um testamento válido e eficaz, não há legado.

No testamento poderão coexistir instituições de herdeiros e legatários. O testador poderá deixar 1/3 de sua herança a Fulano e o imóvel da Rua X a Beltrano, existindo aí um herdeiro e um legatário, respectivamente. O tema será reexaminado, mas essas noções introdutórias são fundamentais.

Nem sempre será fácil, na prática, a distinção entre herança e legado, no exame da vontade do testador, como veremos. Essa diferença, herdeiro e legatário, acarreta enormes conseqüências práticas. Basta dizer, a princípio, que o legatário não tem a posse que detém o herdeiro com a abertura da sucessão. Como regra geral, o legatário necessita pedir ao herdeiro a entrega da coisa legada.

O legatário, salvo disposição expressa do testador, não responde pelo pagamento das dívidas do espólio, atribuição dos herdeiros. O herdeiro responde pelas dívidas do *de cujus*, na proporção de seu quinhão.

Note, contudo, que não são todas as legislações que fazem essa distinção, tradicional na técnica jurídica brasileira. O Código francês denomina legatário quem quer que venha a ser aquinhado por testamento, não importando o conteúdo da deixa testamentária, existindo, portanto, um legatário a título universal. Daí porque, ao se ler o texto francês, temos de ter em mira o sistema adotado.

Em nosso sistema, pois, nada impede que uma mesma pessoa seja, ao mesmo tempo, herdeira e

legatária.

O legado consiste em uma coisa definida e muito se assemelha a uma doação, constando apenas de um testamento e não de um contrato (Pereira, 1984, v. 6:186).

¹ “Agravado de instrumento – Ação de Reconhecimento de Paternidade Sócio Afetiva c/c **Petição de Herança** – Insurgência contra decisão que deferiu pedido liminar para bloqueio de matrícula imobiliária – Possibilidade – Pleito de reconhecimento do status de filha e herdeira da Agravada – Reserva de bem com fim a assegurar a possível sucessão – Recurso improvido” (TJSP – AI 2071290-85.2016.8.26.0000, 8-8-2016, Rel. Luiz Antônio Costa).

“**Agravo regimental no agravo em recurso especial** – Sucessão – Inventário – Pedido de habilitação da nora no inventário do seu sogro – Ação de separação judicial em tramitação – Discussão do **direito sobre a herança** deixada ao seu marido que deve ser realizada no curso da ação de separação. Inexistência de direito à habilitação no inventário do sogro. Precedente. Ausência de demonstração do dissídio. Ausência de prequestionamento. Atração do Enunciado 7/STJ no que toca à litigância de má-fé. Agravo regimental desprovido” (STJ – AgRg-AG-REsp 112.466 – (2012/0017529-9), 1-9-2014, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“Direito processual civil – Apelação cível – Ação de inventário – Partilha de bens – Preferência dos ascendentes ao cônjuge sobrevivente – Direito à meação – Existência de matéria preclusa e alheia à hipótese dos autos – Apelação conhecida, mas improvida – 1 – Alegação de matéria preclusa ou alheia aos autos originários não merece ser analisada e enfrentada por esta Corte, em observância ao efeito devolutivo dos recursos e ao princípio da ampla defesa. 2 – A abertura da sucessão causa mortis dá-se no instante da morte (princípio do *droit de saisine*) e, neste momento, o patrimônio do de cujus – **A herança – Incluindo passivo e ativo por ele deixados, transmitem-se aos herdeiros legítimos e testamentários.** 3 – A inexistência de descendentes habilita, de imediato, os ascendentes do de cujus ao recebimento da herança, devendo, para tanto, ser dividido o patrimônio com o cônjuge supérstite na proporção de 50% (cinquenta por cento). 4 – Recurso conhecido, mas improvido” (TJCE – Ap. 531570-05.2000.8.06.0001/1, 16-5-2012, Rel. Des. Washington Luis Bezerra de Araujo).

² “Agravado de instrumento – Alvará judicial – Cessão de direitos pelos herdeiros em favor da mãe, viúva do autor da herança, que, no caso, equivale à renúncia translativa, veiculada em simples contrato particular – Ineficácia – Negócio jurídico que deve ser efetivado por mero termo nos autos ou por escritura pública – Inteligência do artigo 1.806 do Código Civil – Precedentes deste E. Tribunal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Decisão mantida – Agravo desprovido” (TJSP – AI 2003915-67.2016.8.26.0000, 25-2-2016, Rel. A. C. Mathias Coltro). Partilha – Legitimidade ativa – Herdeiros – Não verificação – “Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de prestação de contas. Partilha ainda não verificada. Legitimidade ativa. Herdeiros. Decisão mantida. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte, ‘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 Código Civil)’ (REsp 1.192.027/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 19.08.2010, DJe 06.09.2010). 2. Dessa forma, o herdeiro tem legitimidade ativa para propor demanda visando defender o patrimônio comum. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg-AG-REsp 528.849 – (2014/0139333-2), 11-3-2015, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira).

“**Apelação cível** – Embargos de terceiros – Cessão de direitos hereditários mediante escritura pública. Invalidez. Condomínio. Indivisibilidade. Penhora decorrente de dívida do coerdeiro. Desconstituição. Impossibilidade. I – É cediço que após aberta a sucessão o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros e testamentários. Todavia, até a partilha, tal direito é indivisível, não podendo ser disposto do acervo hereditário, salvo mediante autorização judicial e nos casos expressos em lei. II – Os embargos de terceiro não tem o condão de desconstituir a penhora efetivada em momento posterior à aquisição do bem da herança considerado singularmente, feita mediante escritura pública de cessão de direitos, operada sem a observância da forma prescrita em lei. III – Considera-se em condomínio a posse de coerdeiro até que seja ultimada a partilha, motivo pelo qual nenhuma eficácia possui a cessão de direitos hereditários concedida sem a anuência de todos os outros herdeiros. IV – Destarte, sem autorização judicial, é permitida pelo artigo 1.793 do Código Civil, apenas a cessão civil de fração ideal dos direitos hereditários. Isto porque, com a cessão, são transmitidos não só os bens e créditos, mas também, as dívidas do sucedido. Apelo conhecido, mas desprovido” (TJGO – AC 201192276876, 29-8-2014, Rel. Wilson Safatle Faiad).

“**Reintegração de posse de imóvel urbano.** Posse disputada por parentes entre si: tio e sobrinho. Estado fático que não acarreta a

composse de ambos pela herança comum para impor as regras do condomínio pela indivisibilidade do bem. Posse do tio comprovada em processo judicial que resultaria a aquisição originária da propriedade pela usucapião extraordinária. Processo. Publicidade, legalidade e legitimidade, de todos os seus atos, invertendo-se em seu proveito o ônus da prova em casos de impugnação, tal qual se dá aqui, ao ser invocado pelo sobrinho que a ação de usucapião promovida pelo tio só foi possível em razão de ter sido preso, à época, e removido do imóvel para a cadeia pública local. Posse que se mantém ademais pela coisa julgada enquanto não for rescindida a sentença pela via processual certa, não sendo possível a sua rescisão por via transversa como se pretende aqui à míngua de qualquer fomento legal. Posse. Intangibilidade. Conflito resolvido em proveito da posse do tio. Recurso de apelação que se nega provimento” (TJSP – Ap 0010876-05.2009.8.26.0291, 14-10-2013, Rel. Mauro Conti Machado).

“**Direito sucessório** – Embargos de terceiros – Apelação cível – Herdeiros – Preliminar de afronta a coisa julgada – Afastamento – Apelação em embargos de terceiros – Herdeiros – Tema que não se confunde com os embargos ao leilão – Naquele recurso, se examinou bem de família – Garantia perdida em face da hipoteca – Nestes, temos matéria diversa, no caso, direitos sucessórios dos filhos que na época eram impúberes. Penhora de bem imóvel dado em garantia de negócio jurídico por viúvo sem outorga dos sucessores. **Impossibilidade diante da indivisibilidade do acervo hereditário.** Nulidade configurada. Pleito dos embargantes de proteção de sua meação. Acolhimento. Penhora que recai sobre o único bem residencial da família. Garantia da parcela patrimonial pertencente aos herdeiros embargantes. Livramento da constrição. Possibilidade. Apelação conhecida, mas improvida” (TJCE – Acórdão 0565416-13.2000.8.06.0001, 17-9-2012, Rel. Durval Aires Filho).

“**Agravo de instrumento** – Inventário – Indivisibilidade do acervo hereditário – Direito dos herdeiros à posse e ao domínio da herança – Manutenção da decisão interlocutória que determina a entrega à inventariante dos bens móveis e imóveis na posse de uma das herdeiras. 1 – Reconhecida a herança como uma universalidade de direito indivisível até a partilha, assegura-se o direito de todos os herdeiros à posse e ao domínio do acervo hereditário, de acordo com o disposto no art. 1.791 do Código Civil. 2 – Ainda que pendente a partilha do inventário do pai das herdeiras e cônjuge da falecida, assegura-se o direito das coerdeiras à propriedade e posse da herança, que se regula pelas normas relativas ao condomínio. 3 – Apesar de ser possível estabelecer durante o processo de inventário que os bens permaneçam em estado de comunhão, de acordo com o estabelecido no art. 1.314 do Código Civil, em razão da divergência entre as herdeiras, correta a solução dada pelo juízo singular, que determinou a entrega à inventariante dos bens móveis e imóveis integrantes do espólio, até porque ‘nenhum herdeiro tem direito exclusivo sobre um bem certo e determinado que integra a herança’. 4 – Recurso improvido” (TJDFT – AI 20110020067628 – (509348), 6-6-2011 – Rel. Des. João Egmont).

“**Processo civil** – Agravo de instrumento – Ação de cobrança – Cumprimento de sentença – Depósito – Expedição de alvará de levantamento – Inventário em curso – Competência do juízo sucessório – Decisão reformada. 1 – De acordo com o disposto no art. 1.784 do Código Civil, a transmissão dos bens aos herdeiros ocorre desde logo, com o falecimento de seu proprietário. Contudo, não obstante a imediata transferência da titularidade, a partilha somente ocorre em fase posterior, após a abertura do inventário e a arrecadação dos bens do falecido. E o art. 1.791 do Código Civil estabelece que, até a partilha, a **herança é indivisível**. 2 – Na hipótese vertente, o valor depositado pelo devedor nos autos da ação de cobrança não é bem particular e reservado de nenhum dos herdeiros. Não pode, portanto, ser levantado sem anuência dos demais herdeiros c/c autorização judicial pelo Juízo competente, o da Sucessão. Inteligência dos artigos 1.793, § 3º, c/c art. 2.016 e art. 2.020, ambos do Código Civil. 3 – Agravo de Instrumento provido” (TJDF – Acórdão 2010.00.2.004640-3, 14-7-2010, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa).

3 “**Inventário.** Sucessão aberta sob a égide do CC/1916. Submissão às regras desse, em atendimento ao art. 1.787 do CC/2002. Separação obrigatória de bens. Comunicação daqueles adquiridos na constância do casamento. Incidência da Súmula 377 do STF. Direito da cônjuge sobrevivente à meação, a qual se calcula sobre a totalidade dos aquestos. Pretensão de partilha da outra metade dos bens com os descendentes do *de cuius*. Impossibilidade de concorrência com esses. Observância da ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.603 do CC/1916. Elaboração de novo plano de partilha que se impõe. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSC – Acórdão Agravo de Instrumento 2009.061543-7,13-4-2010 – Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

2

ABERTURA DA SUCESSÃO. TRANSMISSÃO DA HERANÇA. ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA. CESSÃO DA HERANÇA

2.1 FATO QUE DETERMINA A SUCESSÃO

2.2 MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO. A COMORIÊNCIA

2.3 TRANSMISSÃO E ACEITAÇÃO DA HERANÇA. LEI QUE REGULA A SUCESSÃO E A LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER

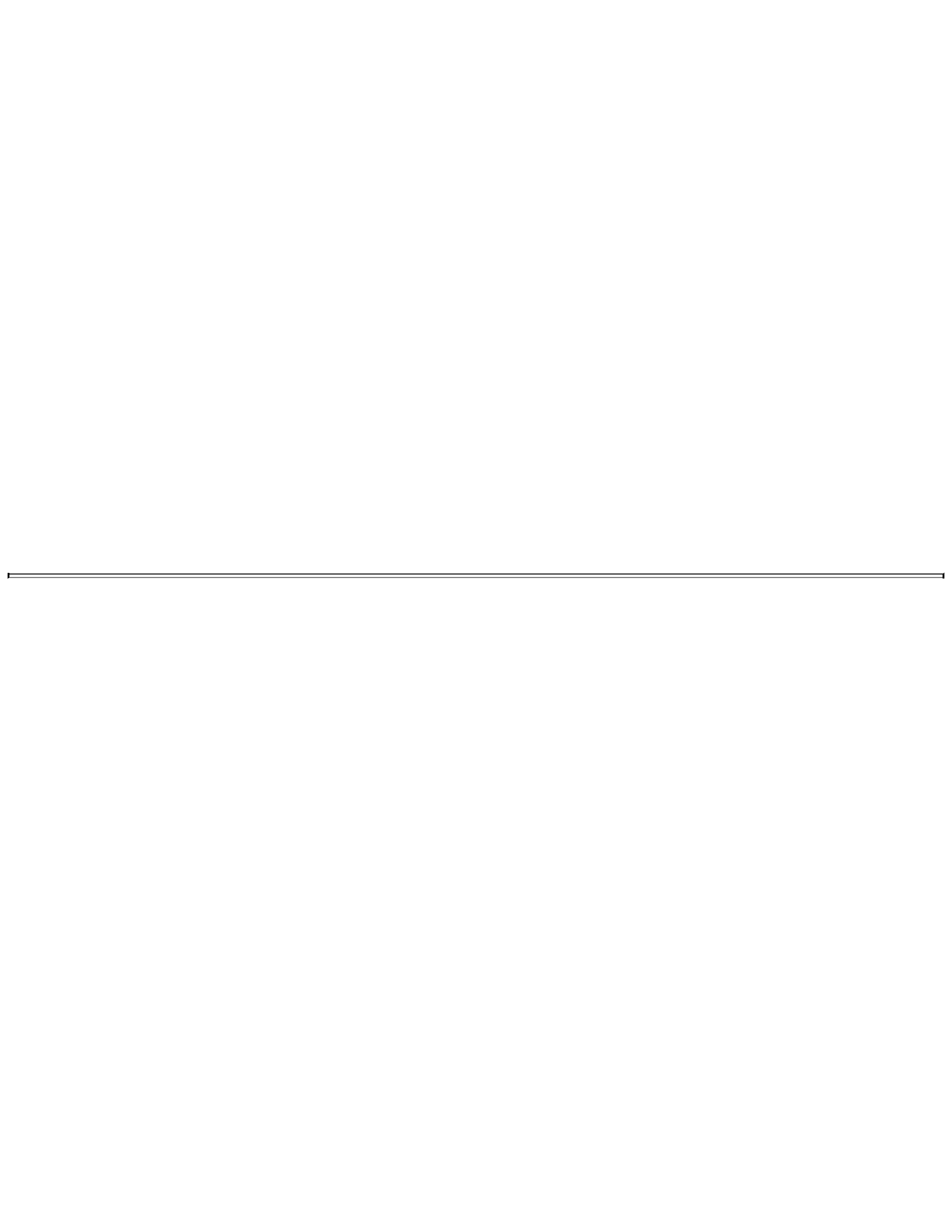


2.4 ACEITAÇÃO DA HERANÇA. CONTEÚDO. FORMAS. RENÚNCIA

1.4.1 Direito de Deliberar

1.4.2 Aceitação da Herança sob Benefício de Inventário

2.5 CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS (VENDA OU ALIENAÇÃO DA HERANÇA OU DE BENS DA HERANÇA)



INVENTÁRIO: NOÇÃO. POSSE DOS HERDEIROS E POSSE DO INVENTARIANTE. INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA. CAPACIDADE PARA SUCEDER. PACTOS SUCESSÓRIOS

Com a abertura da sucessão, o falecimento do autor da herança, o *de cuius*, o patrimônio hereditário transmite-se uno aos herdeiros. Os herdeiros mantêm-se em estado de comunhão até que se ultime a partilha (arts. 2.013 ss).

A herança é considerada como um bem imóvel para efeitos legais (art. 80, II, o direito à sucessão aberta). Daí, qualquer herdeiro poderá defender ou reivindicar de terceiros a herança, parcial ou totalmente. De acordo com o art. 1.580 de nosso projecto Código de 1916, “*sendo chamadas simultaneamente, a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio, até se ultimar a partilha*”. Havia mesmo que se atualizar o conceito, embora tradicional e perfeitamente conhecido. O Código de 2002, no art. 1.791, expressa diretamente: “*A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.*” Completa o parágrafo único: “*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.*” Sem dúvida, estabelece-se um condomínio e uma composses entre os herdeiros como decorrência da *saisine* e da causa da morte.

Essa indivisibilidade, ou *todo unitário*, como classifica o mais recente Código, ocorre por força legal e diz respeito à posse e ao domínio. De fato, podem os herdeiros já ter feito uma divisão informal, que só ganhará força jurídica ou eficácia com a partilha. Só com a partilha o direito do herdeiro que estiver desfrutando isoladamente da posse de um bem da herança se materializa. Nada garante, embora seja a tendência natural, que o bem de posse de certo herdeiro seja a ele atribuído em domínio na partilha. Esse todo unitário que menciona a mais moderna lei dá claramente a noção de patrimônio e universalidade que se mantêm indivisos até a partilha. Como decorrência dessa indivisibilidade qualquer herdeiro pode defender e reclamar a posse e a propriedade da universalidade da herança.

A indivisibilidade dos bens componentes da herança decorre do conceito de universalidade já mencionado, ínsito na ideia do patrimônio hereditário.¹ Como vimos, o cessionário da herança, assumindo a posição de herdeiro, também assume todas as prerrogativas dessa situação no tocante às demandas dos bens da herança. Como consequência do estado de indivisibilidade da herança, há

necessidade, para que se chegue à atribuição dos bens a cada herdeiro e à satisfação dos credores do *de cuius*, que se saiba exatamente do que é composto o monte hereditário. Tal interesse não é apenas privado, já que é da conveniência dos herdeiros terminar com o estado de comunhão, como também do Estado, que deverá receber o tributo *causa mortis*.

Mesmo perante a existência de um só herdeiro, persiste o interesse na descrição dos bens hereditários, não fosse pelo interesse público, pelo interesse dos credores do espólio.

Daí, então, a necessidade de ser elaborado o *inventário* da herança. A palavra *inventário* decorre do verbo *invenire*, do latim: encontrar, achar, descobrir, inventar e do verbo *inventum*: invento, invenção, descoberta. A finalidade do inventário é, pois, achar, descobrir, descrever os bens da herança, seu ativo e passivo, herdeiros, cônjuge, credores etc. Trata-se, enfim, de fazer um levantamento, que juridicamente se denomina inventário da herança. Tanto mais complexo será o inventário quanto complexas eram as relações negociais do *de cuius*. O termo *inventário*, vernacularmente, é utilizado comumente no mesmo sentido em linguagem coloquial. Sempre que se deseja fazer uma averiguação sobre o estado de qualquer patrimônio, faz-se uma descrição dos bens, isto é, um “inventário”.

Como se vê, o inventário dos bens hereditários tem muito de instrumentalidade. Destarte, cabe às regras de processo regulá-lo. No entanto, o direito material traça-lhe o fundamento básico (art. 1.991). A interpenetração das regras processuais será estudada no final desta obra. Por ora, nos ocupemos da noção básica do inventário e suas consequências.

Portanto, o inventário, aqui estudado, consiste na descrição pormenorizada dos bens da herança, tendente a possibilitar o recolhimento de tributos, o pagamento de credores e, por fim, a partilha.

Entre nós, o inventário sempre fora um procedimento contencioso, embora nada obstasse que o legislador optasse por solução diversa, permitindo o inventário extrajudicial, mormente se todos os interessados forem maiores e capazes. Finalmente, a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, atendeu nossos ingentes reclamos. Permitiu-se que, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. Havendo testamento ou interessado incapaz, o inventário será judicial. Quanto ao incapaz, a judicialidade é importante para a fiscalização e proteção de seus interesses. Quando há testamento, há interesse público para a plena eficácia do ato de última vontade, embora entendam alguns que mesmo assim, se todos os interessados forem capazes, não há impedimento para a escritura. É importante que se libere o Judiciário da atual pletora de feitos de cunho administrativo e o inventário, bem como a partilha, quando todos os interessados são capazes, podem muito bem ser excluídos, sem que se exclua o advogado de sua atuação.

Ao estudarmos as regras do inventário, veremos que qualquer pessoa com legítimo interesse pode pedir a abertura do inventário: não só o cônjuge supérstite, como também os herdeiros e até mesmo o credor do espólio, além de vários outros intitulados.²

Enquanto não houver partilha, permanecendo o estado de indivisibilidade, qualquer herdeiro reivindicando qualquer bem da herança não o estará fazendo para si, mas para a comunhão. Cada

herdeiro, ou grupos de herdeiros, defende a herança no interesse de todos, à semelhança da solidariedade ativa.

Como a sucessão se abre no lugar do último domicílio do falecido (art. 1.785), é nesse domicílio que deve ser ajuizado o inventário. Se o *de cujus* teve mais de um domicílio, competente é o último, segundo a lei. Assim, as partes não podem escolher outro foro.³ Aqui se trata da competência para o inventário dos bens localizados no país. É o que dispõe o art. 48 do CPC. O foro do domicílio do autor da herança no Brasil é o competente, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. O parágrafo único desse dispositivo processual abre outras possibilidades de competência em casos dúbios: é competente o foro da situação dos bens, se o autor da herança não tinha domicílio certo e o do lugar em que ocorreu o óbito, se o *de cujus* não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes. É de vital importância o foro do inventário, pois para lá acorrem todas as ações em que o espólio figurar como réu, bem como todos os incidentes a respeito do testamento.⁴ Diz-se, então, que o juízo do inventário é universal, competindo-lhe decidir as ações relativas (art. 48 do CPC).

Todos os bens da pessoa falecida, ainda que falecida ou domiciliada no estrangeiro, devem ser inventariados no Brasil, assim como partilhados (art. 23, II, do CPC). Trata-se de lei de processo. No tocante ao direito material, o art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376 de 30-12-2010, manda aplicar a lei do país em que era domiciliado o *de cujus*, qualquer que seja a natureza dos bens. No entanto, para os bens situados no Brasil, só é competente o juiz brasileiro para o processo de inventário e partilha. Aplicar-se-á a lei brasileira quando esta for mais favorável ao cônjuge brasileiro de falecido estrangeiro, assim como aos filhos do casal (§ 1º do citado art. 10).⁵

Como se nota, a matéria sobre a abertura da sucessão reflete dois aspectos importantes; um de ordem interna e outro de ordem internacional. No campo internacional, a lei competente para reger a sucessão de móveis é a lei do local de abertura da sucessão.

Ao inventariante cabe a administração dos bens da herança. O inventariante é nomeado pelo juiz do inventário. Até que o inventariante preste compromisso, pode ser nomeado um administrador provisório (art. 613 do CPC). Esse administrador representa o espólio ativa e passivamente (art. 614 do CPC). Na prática, somente em heranças de vulto, ou quando há dificuldades para nomear-se um inventariante, é que surge administrador provisório. O art. 1.797 do atual Código prevê essa figura:

“Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:
I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;
II – ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas

condições, ao mais velho;

III – ao testamentário;

IV – a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.”

Cabe também ao juiz nomear administrador enquanto houver dissidência a respeito da nomeação de inventariante. Não é conveniente que, entretanto, seja administrador um dos litigantes ou pessoas ligadas a eles. Desse modo, dependendo do vulto da herança e da conveniência do momento, não havendo pessoas ligadas à herança aptas para administração, o juiz poderá nomear o administrador dativo, na forma do inciso IV.

Como vimos, o espólio tem representação processual do inventariante, sendo por isso classificado por nós como entidade com personalidade anômala (*Direito civil: parte geral*, seção 14.6.2).

O inventariante não se confundia, necessariamente, com o chamado “cabeça de casal”, que o código anterior mencionava no art. 1.769. Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão de bens, cabia continuar até a partilha na posse da herança, como cabeça de casal. Tal terminologia pode hoje ser desprezada, pois não tem qualquer significado prático maior. Quando estudarmos o processo de inventário, voltaremos ao assunto.

O inventariante desempenha a atividade de auxiliar do juízo no inventário. Trata-se, sem dúvida, de um encargo público, de um *munus* (Monteiro, 1977, v. 6:38). A ele cabe a guarda, administração e defesa dos bens da herança. Os herdeiros, em geral, também, como veremos, podem defender os bens da herança, mas a função administrativa do inventariante é a primeira que se ressalta.

Como já examinamos, o espólio não é pessoa jurídica, porém, a lei lhe outorgou personalidade processual (trata-se de uma entidade com personalidade anômala ou reduzida, como denominamos), cabendo sua representação ativa e passiva ao inventariante (arts. 75, VII, e 618, I, do CPC). A função do inventariante, portanto, é muito importante: é ele quem deve ser citado nas ações contra o espólio; é ele quem tem legitimidade para propor ações em nome do espólio. Os herdeiros podem assisti-lo nos processos (instituto da assistência).

Questão que aflora com frequência na prática é a necessidade de mover ação contra o espólio quando ainda não há inventário, ou quando não há ainda nomeação de inventariante. Nesse caso, a ação deve ser movida contra todos os herdeiros, em regra geral, forçando-se, se for o caso, a abertura do inventário.

Quando o inventariante é *dativo*, isto é, estranho à herança, fica apenas na função de administrador da herança, não lhe cabendo a representação do espólio: todos os herdeiros e sucessores do *de cujus* serão intimados no processo em que o espólio for parte (art. 75, § 1º, do CPC).⁶

Como administrador de bens alheios (embora parte deles também seja sua, na maioria das vezes), deve o inventariante portar-se com o zelo normal de quem trata de interesses alheios: tem o dever de prestar contas ao juízo e aos herdeiros, como veremos no estudo da parte procedimental. Cabe a ele

descrever os bens constantes do monte; reivindicar os bens no poder e posse de terceiros; trazer para o inventário o nome dos herdeiros e apontar a existência de testamento etc. Como administrador de bens alheios responde civil e criminalmente, se agir com dolo e culpa.

Existe uma ordem legal a ser seguida pelo juiz na nomeação do inventariante (art. 617 do CPC): terá preferência o cônjuge ou companheiro, desde que estivesse convivendo com o *de cujus* à época da morte. Em sua falta, o juiz nomeará as pessoas a seguir designadas no artigo citado, a começar pelo herdeiro que se achar na posse e administração dos bens. Contudo, e ao contrário do que a princípio parecem demonstrar alguns autores, essa ordem legal de nomeação não é inexorável. Deve ser levado em conta, também, que o companheiro, na união estável, pode e deve assumir o encargo, se estivesse convivendo com o *de cujus* quando da morte. A oportunidade e conveniência da nomeação hão de ser vistas no caso concreto.

Por vezes, o estado de dissensão entre os herdeiros, o cônjuge supérstite e os demais interessados na herança é tão grande que desaconselha a obediência à ordem, podendo o juiz, em casos extremos e para evitar maiores problemas futuros com as coisas da herança, nomear um estranho, como está no inciso V do citado dispositivo: “*pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial*”. Nesse caso, de inventariante dativo, melhor será que se nomeie advogado que terá maiores facilidades de exercer o *munus*.

No entanto, sempre que possível, deve o juiz obedecer, na nomeação, a ordem legal, mas

“a ordem prevista pelo art. 990 do CPC pode ser desobedecida quando, dadas as circunstâncias de fato, nenhum dos herdeiros está em condições de exercer o munus” (RTJ 101/667).

A subversão da ordem legal deve ser vista como exceção.

Caso 2 – Inventário – Remoção do inventariante

O inventariante pode ser removido, de ofício ou a requerimento, nas hipóteses do art. 622 do CPC. São todas situações em que a administração e a confiança no inventariante não estão a contento. Toda situação de remoção deve ser devidamente sopesada e examinada pelo juiz. O juiz pode, sem dúvida, remover de ofício o inventariante, assim como todos os que desempenham funções semelhantes no processo, como o síndico na falência, por exemplo. Perdida a confiança, não há razão para a manutenção no cargo. Não pode, nessa situação, ficar o juiz adstrito à iniciativa de qualquer interessado, sob pena de subverter sua função jurisdicional. De igual forma, mesmo havendo pedido de remoção, e com maior razão, a situação deve ser devidamente examinada, não podendo a destituição ocorrer sem motivo e sem motivação.

O inventariante pode ser removido, de ofício ou a requerimento, nas hipóteses do art. 622 do CPC. São todas situações em que a administração e a confiança no inventariante não estão a contento.⁷ Toda situação de remoção deve ser devidamente sopesada e examinada pelo juiz. O juiz pode, sem dúvida, remover de ofício o inventariante, assim como todos os que desempenham funções semelhantes no processo, como o síndico na falência, por exemplo.⁸ Perdida a confiança, não há razão para a manutenção no cargo. Não pode, nessa situação, ficar o juiz adstrito à iniciativa de qualquer interessado, sob pena de subverter sua função jurisdicional. De igual forma, mesmo havendo pedido de remoção, e com maior razão, a situação deve ser devidamente examinada, não podendo a destituição ocorrer sem motivo e sem motivação. Erram os que entendem que a remoção do inventariante dependa exclusivamente do interesse e do pedido dos interessados, por não atender devidamente à função jurisdicional. Do mesmo modo, nada impede que o juiz, tomando conhecimento de falta grave do inventariante, o remova de plano. O juiz não está obrigado a exercer sua função com alguém que não confia ou talvez, até mesmo, o boicote (ver opinião contrária de José da Silva Pacheco, 1980:819). Ao assunto voltaremos quando do exame do processo de inventário.

Posse dos Herdeiros e Posse do Inventariante. Pelo princípio da *saisine*, o art. 1.784 dispõe que “*aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*” (antigo, art. 1.572). Portanto, nossa lei não se ateve à tradição romana, a qual aguardava um interregno, após a morte, com a delação e a adição da herança para passar os bens aos herdeiros. A questão entre nós merece destaque, tendo em vista as consequências da *posse imediata* por parte dos herdeiros. No regime do Código de 1916, cabia estudar a disposição do art. 1.572 com a do art. 1.579, *caput*, que apresentam aparente contradição: ‘*ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça de casal*’. Em consequência desses dispositivos, os herdeiros podem alienar validamente suas partes ideais na herança. Quanto à posse, podem eles valer-se dos remédios possessórios para a defesa da mesma, para a defesa dos bens do patrimônio hereditário, continuando com as ações propostas anteriormente pelo falecido. Na condição de compossuidores de parte indivisa, podem defender qualquer bem do monte. Um só dos herdeiros pode fazê-lo, enquanto não ultimada a partilha. No entanto, se por um lado o herdeiro pode defender a posse de qualquer dos bens do acervo, o inventariante, que não o dativo, em princípio, também pode fazê-lo. A aparente contradição entre os dispositivos dos arts. 1.572 e 1.579 do velho Código desaparecia com a compreensão dos institutos da posse direta e da posse indireta. O cabeça de casal e inventariante tinham a posse direta, e o herdeiro, a posse indireta. Ambas coexistem. Ambos podiam e podem recorrer aos interditos. O inventariante, contudo, com a administração dos bens do espólio, tem o dever de defender a posse. Note que a posse se transmite ao sucessor (a qualquer título), com os mesmos caracteres anteriores. No tocante aos sucessores *causa mortis*, o Código é expresso (art. 1.206; antigo art. 495). Assim, se o *de cuius* não tinha a posse e precisava pedi-la, tal

direito se transmite aos herdeiros, que receberam, no caso, um direito à posse, e não a posse (Miranda, 1973, v. 16:155). Cumpre sempre lembrar que o que se transmite com a morte é *um patrimônio*. Portanto, a referência à herança como um todo é abrangente dessa ideia (art. 1.784). No patrimônio, haverá domínio, é verdade, mas também débitos e créditos. A referência ao ‘cabeça de casal’ da lei antiga, no art. 1.579, dizia respeito ao chefe da família. A noção não é mais útil, na medida em que os direitos do homem e da mulher devem ser idênticos, a partir da Constituição de 1988. No dizer de Carlos Maximiliano (1952, v. 3:285), ‘*cabeça de casal é o indivíduo que tem a posse e administração dos bens do espólio enquanto não se realiza a partilha. Por lhe caber, em geral, proceder ao inventário, comumente o confundem com inventariante*’. A mulher casada sob o regime da comunhão, ou o homem casado, seria o inventariante, pois eles deviam ser considerados cabeças de casal. Outras pessoas, enumeradas na lei, também podem assumir a inventariança, inclusive o companheiro, como enfatizamos. O legatário, como regra geral, não tem a posse do legado com a morte. A posse deve ser pedida aos herdeiros, salvo, é claro, se já estivessem na posse da coisa quando da morte. No entanto, a propriedade é sua desde a abertura da sucessão. De qualquer forma, a posse deferida ao cônjuge supérstite ou a outra pessoa tem índole provisória, já que é exercida em proveito dos herdeiros, com o fito da guarda e proteção dos bens enquanto existe um todo indiviso”.

Em nosso *Direito civil: parte geral* (seção 15.5), já fixamos a noção de patrimônio: o conjunto de direitos reais e obrigações, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. A herança é um patrimônio transmitido por força da morte: é uma universalidade. O patrimônio é uma universalidade, ou seja, um complexo de direitos economicamente apreciáveis. Nesse diapasão, de universalidade de direito, a herança coloca-se no mesmo nível da massa falida, do dote e do estabelecimento comercial.

Também ao examinarmos a pessoa jurídica em *Direito civil: parte geral* (seção 14.6), qualificamos o *espólio* como a massa patrimonial hereditária que tem personalidade anômala. O espólio é a herança em juízo, ou seja, o patrimônio do *de cujus* em juízo. É o inventariante que representa processualmente o espólio (art. 75, VII, do CPC).

A herança (e, portanto, a universalidade) mantém-se até a partilha. Até aí existe a indivisibilidade. Com a partilha, atribuem-se os bens aos herdeiros e legatários, desaparece a herança, desaparecendo a *indivisibilidade*.

Destarte, os herdeiros, sendo chamados simultaneamente à herança, detêm a posse e o domínio indivisível até a partilha, esse todo unitário, como já referido. Daí a razão do que expusemos a respeito da cessão de direitos hereditários.

Como consequência da indivisibilidade, do condomínio dos coerdeiros, pode qualquer um deles reclamar a herança, no todo ou em parte, de terceiros. A reivindicação é titulada a qualquer herdeiro. Como informa Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (1978:35),

“reivindicando o herdeiro qualquer coisa da herança, antes da partilha, não o reivindica para si, mas para a comunhão e, em consequência, o demandado não pode opor-lhe a exceção de que a herança lhe não pertence por inteiro, por isso que o herdeiro demanda como mandatário tácito dos outros coerdeiros, defendendo a herança no interesse de todos; só depois da partilha é que poderá, então, o herdeiro reivindicar, para si, a parte que lhe tiver sido aquinhoadada”.

Trata-se de aplicação do princípio do condomínio (art. 1.314). A lei considera a massa hereditária como coisa imóvel (art. 80, II). Assim, qualquer demanda que envolva a herança deve ser considerada ação real.

A indivisibilidade da herança acaba por vir enfatizada no próprio capítulo específico do Código (art. 1.791). Assim, trata-se de princípio absoluto, calcado na noção de universalidade.

Capacidade é a aptidão para receber, exercer e transmitir direitos. O que nos interessa agora é a capacidade passiva, isto é, a capacidade de alguém adquirir bens numa herança.⁹ Para que uma pessoa possa ser considerada herdeira, há que se atentar para três requisitos: deve existir, estar vivo ou já concebido na época da morte, ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno.

O primeiro aspecto é o fato de estar vivo quando da morte do autor da herança. Já vimos, na Parte Geral, que a personalidade começa com o nascimento com vida, mas, na forma do art. 2º, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A capacidade sucessória é aferida no momento da morte. Daí então existir a norma da comoriência no art. 11. A ideia central é que o herdeiro *exista* no momento da morte. “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (art. 1.798).

Cumprir lembrar que as pessoas jurídicas também são sujeitos de direitos e, portanto, também têm capacidade sucessória passiva. É evidente que a pessoa jurídica só pode ser aquinhoadada por testamento. A existência da pessoa jurídica, quando da morte, contudo, não é requisito essencial: pode o testador instituir uma *fundação* em seu ato de última vontade. Pode também condicionar a deixa testamentária à criação de outra forma de pessoa jurídica. O paralelismo da sociedade por se formar é com o nascituro. Se o nascituro nasce com vida, torna-se herdeiro desde a concepção; formada a pessoa jurídica, após a morte do testador que a instituiu, ou a condicionou, confirma-se a ela a delação da herança (Gomes, 1981:31).

Outro requisito é a aptidão específica para determinada herança. A aptidão específica para determinado ato jurídico se denomina *legitimação*, em terminologia emprestada do direito processual. Não basta existir quando da morte: é necessário que a pessoa esteja legitimada para aquela herança determinada. Assim, existindo descendentes, por exemplo, os ascendentes não podem ser herdeiros, por lhes faltar a devida legitimação. Nesse mesmo diapasão, não têm legitimação para ser herdeiros os colaterais além do quarto grau (art. 1.839), porque a lei atual faz terminar aí a vocação legítima. Do mesmo modo, até a atual Constituição, havia restrição a direitos hereditários de certos descendentes

ilegítimos. Houve um avanço legislativo paulatino no direito do filho espúrio ou ilegítimo. Na origem do Código, os filhos incestuosos e adulterinos não podiam suceder, como regra geral. A lei civil não lhes dava legitimação na herança. Examinaremos a questão ao tratarmos da sucessão dos descendentes.

O terceiro requisito é que não pode o pretendente à herança ser considerado indigno. A indignidade vem tratada no Código (arts. 1.814 ss) sob o título “*Dos Excluídos da Sucessão*”. O Código anterior se referia “*aos que não podem suceder*”. Trata-se de eufemismo da lei para dispor sobre os casos de indignidade. A lei tira a aptidão passiva do herdeiro se este houver praticado atos, contra o autor da herança, presumidos incompatíveis com os sentimentos de afeição real ou presumida.¹⁰

A lei da data da abertura da sucessão é que rege a capacidade para suceder, como analisamos no capítulo anterior (art. 1.787). A lei posterior não pode alcançar as sucessões já abertas (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”).

Nesse sentido, o presente Código é expresso no art. 1.787: “*Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.*” Desse modo, o Código de 1916 regulará todas as sucessões que se abrirem até o último dia de sua vigência. É garantia fundamental do indivíduo e da tradição de nosso direito. No entanto, há um exemplo terrível de retroatividade da lei, da época da ditadura getulista: O Decreto-lei nº 1.907, de 26-12-1939, expressamente atribuiu efeito retroativo à lei, para alcançar sucessões abertas antes de sua vigência, tolhendo o direito hereditário de herdeiros legítimos. O episódio visou modificar a sucessão dos bens deixados por Paul Louis Joseph Deleuze, em episódio que denigre a história jurídica de nosso país.

O mesmo princípio é aplicado aos herdeiros testamentários e legatários. No testamento, afere-se a capacidade para suceder quando da morte e não quando da feitura do ato de última vontade.

Existem situações legais que inibem a ordem de vocação hereditária estabelecida ordinariamente na lei. É o que a doutrina chama de sucessões irregulares. É o que ocorre com a sucessão de bens de estrangeiros situados no país, que

*“será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus” (art. 5º, XXXI, da Constituição Federal e art. 10, § 1º, da Lei da Introdução ao Código Civil).*¹¹

Outro exemplo é o do Decreto-lei nº 3.182/41, o qual proíbe a sucessão de estrangeiros em ações ou quotas de instituições bancárias. Outros exemplos existem na legislação esparsa.

Ninguém pode dispor sobre herança de pessoa viva. Esse é o princípio geral exposto no art. 426: “*Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.*” Pacto sucessório é, portanto, a crença que tem por objeto a herança de pessoa viva. A proibição é da tradição do Direito Romano. Não pode a transmissão hereditária ter origem contratual.

O Direito Romano condenava tanto o contrato que tinha por objeto a própria herança como aquele que objetivava a herança de terceiro. A principal razão da proibição era de que, com o pacto vedado, poder-se-ia derogar a ordem de vocação hereditária.

A razão da existência de norma expressa em nosso direito é que o antigo direito germânico não proibia o pacto sucessório. Enquanto o Direito Romano se baseava no poder irrestrito do *pater familias*, o direito germânico levava em conta o interesse coletivo, não individualístico, próprio do direito latino. O direito germânico permitia o pacto na ausência de herdeiro de sangue. Como assinala Lodovico Barassi (1944:46), com a recepção do Direito Romano na Alemanha, tais contratos se transformaram em verdadeiros contratos *causa mortis*. O contrato sucessório distinguia-se do testamento tão só por sua formação e pelo fato de ser irrevogável.

Como, entre nós, e na maioria das legislações de inspiração romana, o testamento é sempre ato da última vontade do *de cuius*, e sempre revogável, foi mantida a tradição da proibição.

Não discrepa a doutrina em entender os pactos sobre herança de pessoa viva como imorais. Imagine a situação do futuro herdeiro ou legatário, protegido por um contrato desses, sabendo que o mesmo não poderia ser revogado. Não resta dúvida de que o futuro beneficiário do contrato não zelaria muito pela vida do transmitente dos bens. O mesmo Barassi mostra sua estranheza à solução alemã, entendendo que ali existe uma sensibilidade diferente para o que seja ou não seja moral nesse aspecto (1944:47).

Também, os pactos sucessórios violariam as regras do direito das sucessões, com interferência do contrato nas disposições exclusivas de herança. Tais contratos, portanto, constituiriam uma especulação sobre a morte de uma pessoa, contrariando a moral e os bons costumes (Oliveira, 1987:42). Tanto que eram denominados *pacta corvina*.

O princípio, porém, sofre duas exceções entre nós. Uma das situações é a possibilidade de, nos pactos antenupciais, os nubentes poderem dispor a respeito da recíproca e futura sucessão. Tratava-se da doação *propter nuptias* que, estipulada no pacto antenupcial, aproveitava aos filhos do donatário, se este falecesse antes do doador. Note, aqui, que a doação não vem subordinada à morte, mas às bodas; sendo a morte mera consequência, não encontrando oposição no atual sistema.

Outra exceção é a do 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.” Esta é, na verdade, a única exceção real ao art. 426, porque possibilita a ocorrência de uma disposição antecipada de bens para após a morte. Embora seja de pouco uso corrente, não tem grandes inconvenientes, pois só pode abranger bens presentes.

¹ “Apelação cível – Oposição de terceiros no interdito proibitório movida pelo espólio – Falta de interesse de agir reconhecida – Possibilidade de qualquer dos herdeiros estar em juízo para defender a universalidade da herança – Ausência de prejuízo às partes – Processo julgado extinto, sem resolução do mérito – Verba sucumbencial – Princípio da causalidade – 1- Qualquer herdeiro, até que seja feita a partilha de bens do espólio, é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de interdito proibitório, que tem por objeto o monte

partilhável, pois age como mandatário dos demais. 2- De acordo com a moderna ciência processual, que evidencia o princípio da instrumentalidade, antes de anular-se todo o processo, ou determinados atos, atrasando a prestação jurisdicional, deve-se comprovar o efetivo prejuízo causado às partes. 3- Deste modo, subsistindo a legitimidade de qualquer um dos herdeiros, e, ainda, verificando-se a ausência de prejuízo às partes, correta está a sentença, que acolhe a preliminar de falta de interesse de agir do Oponente e, via de consequência, determina a extinção do processo de oposição de terceiros, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, diante da desnecessidade de promover-se a citação de todos os herdeiros do espólio, para integrar a ação de interdito proibitório. 4- Segundo o princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração do processo deve responder pelas custas processuais e honorários advocatícios. Apelação cível conhecida e desprovida. Sentença reformada de ofício” (TJGO – AC 200590109014, 8-5-2015, Rel. Des. Francisco Vildon Jose Valente).

“**Agravo de instrumento** – Inventário – Imóvel que integra o espólio – Ordem para desocupação – Possibilidade – Bem não partilhado que integra a universalidade da herança – Desocupação mantida – Recurso improvido – I – Não exercendo mais os poderes inerentes a inventariança não se justifica manter a herdeira na posse do imóvel objeto do espólio, pois até ser liquidada e partilhada, permanece a herança um conjunto de bens indivisíveis que precisam ser administrados. II – A ordem de desocupação mostra-se como consectário lógico da destituição dos poderes de inventariante, não se revelando arbitrária ou injusta, mas decorrente da mudança de titularidade do inventariante responsável pela administração dos bens do espólio. III – Recurso improvido” (TJMS – AI 1408626-28.2014.8.12.0000, 3-10-2014, Rel. Des. Dorival Renato Pavan).

“**Civil**. Processo civil. Herança. Universalidade. Legitimidade de qualquer dos herdeiros para atuar em busca da defesa dos bens e direitos da universalidade. Precedentes STF e STJ. Sigilo fiscal. Princípio não absoluto. Interesse dos herdeiros. Necessidade de acesso. 1. A legitimidade do inventariante para responder ativa e passivamente nas ações em que o espólio figure como autor, réu ou interessado, não afasta a legitimidade de herdeiro para propor ações em busca do reconhecimento ou da defesa de bens e direitos do espólio. Precedentes do STF (MS 24.110/DF, relator Min. Moreira Alves) e STJ (REsp 36.700, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), o que se reconhece com fundamento no parágrafo único do artigo 1.791 do Código Civil. 2. Os sigilos bancário e fiscal, por não constituírem direitos absolutos, não podem ser oponíveis aos herdeiros que buscam o reconhecimento do efetivo valor de sua herança, fazendo-se necessário o conhecimento dos dados existentes em declarações de renda ou movimentações financeiras, especialmente, quando evidenciado o desentendimento entre algum dos herdeiros e os sócios remanescentes da pessoa jurídica, especialmente, quando se indica possível omissão de patrimônio ou rebaixamento da avaliação dos bens. 3. Direito de acesso reconhecido, com determinação de fornecimento dos dados até a data do falecimento do sócio instituidor da herança. 4. Não compete à Justiça Federal indicar os processos em que os dados obtidos poderão ou deverão ser utilizados, restringindo-se a concessão da segurança a indicar o fundamento para o acolhimento da pretensão, que é o efetivo reconhecimento do valor correto da participação acionária do sócio falecido e sua conversão em pecúnia, e a possibilidade de condução aos autos do inventário para acrescer ao espólio os bens, direitos ou dívidas oriundos do conhecimento obtido. 5. Restringe-se, apenas, a utilização dos dados para qualquer fim que não seja destinado à apuração de bens e direitos de titularidade da herança, que devem ter relação direta com a pessoa jurídica envolvida e a participação societária do *de cujus*. 6. Apelação do impetrante parcialmente provida para esclarecer que não cumpre ao Tribunal determinar ou impedir a utilização dos dados em processos entre os herdeiros, coerdeiros e a pessoa jurídica de que o falecido era sócio, cumprindo às autoridades judiciais que a ele tenham acesso, observar os limites impostos por esta impetração e examinar ou rejeitar os documentos segundo suas convicções. 7. Apelação do litisconsorte passivo improvida. 8. Remessa oficial improvida” (TRF-1ª R. – AC 2010.38.02.000346-5/MG, 27-5-2013, Relª Desª Fed. Selene Maria de Almeida).

“**Direito processual civil** – Apelação cível – Ação de inventário – Litispendência – Configuração – Recurso improvido – Unânime – I – Em face da **universalidade do direito de herança**, é vedado o ajuizamento de mais de um inventário relativo ao mesmo acervo patrimonial e, constatando-se a existência de dois processos com objeto idêntico, em que figuram iguais herdeiros (sujeitos necessários da situação jurídica discutida) e tratam dos mesmos bens, verificada está a ocorrência de litispendência. Precedentes. II – Recurso improvido. Unânime” (TJMA – Acórdão 037623/2010 – (118196/2012), 9-8-2012, Relª Desª Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz).

“**Direito civil**. Posse. Morte do autor da herança. *Saisine*. Aquisição *ex lege*. Proteção possessória independente do exercício fático. Recurso especial provido. 1. Modos de aquisição da posse. Forma *ex lege*: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância. 2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil – decorrente da sucessão –, tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada. 3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá *ex lege*. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este

tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbacão ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá *ope legis*, independentemente da prática de qualquer outro ato. 4. Recurso especial a que se dá provimento” (STJ – Acórdão Recurso Especial 537.363 – RS, 20-4-2010 – Rel. Min. Vasco Della Giustina).

2 “**Conflito de competência** – Ação de inventário de bens – Juízo suscitado que determina a redistribuição do feito para o último domicílio do *de cujus*. Impossibilidade de reconhecimento da incompetência de ofício. Competência territorial e, portanto, relativa. Exegese da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula nº 71 deste Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Ipiranga, ora suscitado” (TJSP – CC 0056243-76.2014.8.26.0000, 16-4-2015, Rel. Issa Ahmed).

“**Direito processual civil.** Agravo de instrumento. Ação de inventário. Regra de competência. Foro do lugar do último domicílio do falecido. 1. Nas ações de inventário deve prevalecer a competência do foro do lugar do último domicílio do falecido, nos termos do art. 1.785 do Código Civil. 2. Somente nas hipóteses em que o autor da herança não tiver domicílio certo o que não é o caso dos autos a competência desloca-se para o foro do lugar da situação dos bens ou do lugar em que ocorreu o óbito, consoante regra inserta nos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 96 do Código de Processo Civil. 3. Agravo de instrumento conhecido e não provido” (TJDFT – Proc. 20100020030891 – (696302), 26-7-2013, Relª Desª Nídia Corrêa Lima).

“**Agravo de instrumento** – Direito das sucessões – Revelia da esposa do *de cujus* – **Nomeação de inventariante judicial** – Providência que se impõe (ART. 990, V e VI, do CPC) – Agravo conhecido e provido – Não se revela razoável a determinação de que o autor da Ação de Inventário proceda à indicação de inventariante em face da revelia da esposa do *de cujus* e, ainda, que todo o procedimento ocorra às suas expensas, na medida em que a situação concreta possui regramento expresso no âmbito do Código de Processo Civil (art. 990, V e VI, do CPC). Nesta linha, já decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: ‘Embora, em regra, a ordem do art. 990, do CPC, que define rol de pessoas aptas a serem nomeadas inventariantes, deva ser seguida sem alteração, tal regra não é absoluta e pode ser pulada em casos excepcionais – A lei processual define, no seu art. 988, a legitimidade para requerer a abertura do inventário, estando entre eles o credor do herdeiro. Define também prazos para início e finalização do procedimento, que deve começar até 60 dias após o óbito e terminar em 12 meses – Por outro lado, a lei, excepcionalmente, dá poderes ao juiz para, de ofício, iniciar a ação caso não seja a mesma requerida no prazo legal – Na situação agravada, a viúva, citada, não compareceu para a realização de tal ato, não podendo o credor ser penalizado com a paralisação da ação, nem pode ser obrigado a despender esforços para apresentar rol dos herdeiros com a qualificação, já que a lei não lhe impõe tal ônus – Recurso conhecido e provido, para determinar a nomeação de inventariante judicial, (Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 1979980200680600000; Relator(a): Ademar Mendes Bezerra; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 17-12-2010). Agravo conhecido e provido, reformando-se a decisão a fim de que promova-se a nomeação de inventariante judicial” (TJCE – AI 0076268-39.2012.8.06.0000, 9-10-2012, Relª Maria Nailde Pinheiro Nogueira).

“**Inventário** – Abertura postulada por empresa que se qualifica como credora do autor da herança. Extinção sem resolução do mérito na origem. Ilegitimidade. Requerente que alegou ter ajuizado ação de reparação contra o espólio, em razão de acidente de trânsito supostamente provocado pelo falecido. Mera expectativa de direito. Sentença confirmada. Apelo desprovido” (TJSP – Ap 994.03.094592-0, 26-9-2011 – Rel. Roberto Solimene).

3 “Agravo de instrumento – Inventário e partilha – Decisão que rejeitou o pedido de redistribuição do feito à comarca de Presidente Prudente. Inconformismo. Descabimento. Competência do foro do domicílio do autor da herança. Art. 96, do CPC. Decisão mantida. Agravo improvido” (TJSP – AI 2220449-39.2015.8.26.0000, 28-3-2016, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho).

“**Processual civil** – Agravo de instrumento – Abertura de inventário – Foro competente – Último domicílio do falecido – Inteligência do art. 96 do CPC e 1.785 do CC – Agravo conhecido e provido – decisão reformada – É cediço que a competência para se processar a ação de inventário é regida pelo artigo 96 do CPC e artigo 1.785 do Código Civil. Portanto, conforme o atestado de óbito do *de cujus* (fls. 26), o último domicílio deste foi na cidade de Pacatuba, sendo este o foro competente para se abrir e processar o inventário. É relevante enfatizar ainda que o *de cujus* indiscutivelmente tinha sua residência qualificada ‘com ânimo definitivo’ na cidade de Pacatuba, onde declarava seu imposto de renda (fls. 31/35), onde tinha a maioria de suas empresas e contas bancárias, o que caracteriza que o autor da herança tinha domicílio certo e determinado, sendo, portanto, a cidade de Pacatuba o foro competente para a abertura e processamento do inventário em comento, nos termos que determina a lei atinente ao caso, conforme entendimento jurisprudencial do STJ. *In casu*, descabe a aplicação da regra da prevenção, uma vez que o falecido não tinha domicílio duplo ou incerto, pois conforme prova colacionada aos autos, o domicílio do Sr. Miguel Cunha Filho era certo e determinado na Comarca de Pacatuba, onde morava e exercia sua atividade laboral. Por fim, conclui-se que o foro competente para se processar e julgar o inventário dos bens deixados pelo falecido Sr. Miguel Cunha Filho é o local de seu último domicílio, como determina a lei processual vigente, motivo pelo qual a decisão vergastada merece ser reformada, com o reconhecimento da competência do Juízo da Comarca de Pacatuba para processar e julgar a ação de inventário em

comento. Agravo conhecido e provido. ACORDA a OITAVA Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do agravo, por tempestivo e próprio, para dar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.” (TJCE – AI 0100296-42.2010.8.06.0000, 22-8-2012, Rel. Válðsen da Silva Alves Pereira).

“**Agravo de instrumento – Foro competente para processo e julgamento da ação de inventário.** Não comprovação da existência de duplo domicílio do falecido. Incidência da regra constante no art. 96, *caput*, do Código de Processo Civil. 1 – Nos termos da legislação civil, considera-se domicílio o lugar onde a pessoa natural estabelece sua residência com ânimo definitivo, que, em regra, coincide com aquele no qual desempenha os negócios jurídicos e exerce a atividade profissional. 2 – É competente para o processo e julgamento da ação de inventário o foro do último domicílio do ‘de cujus’, conforme dicção do art. 96, *caput*, do CPC, regra que prevalece quando não se extrai do contexto probatório a existência de mais de um foro onde o falecido habitualmente residia com ânimo definitivo. Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida” (TJGO – AI 201094216194, 28-3-2011 – Rel. Des. Floriano Gomes).

4 “Competência – Inventário – Decisão que, ex officio, determinou a remessa dos autos para a Comarca de Itabatiã, Bahia, local declarado na certidão de óbito como residência do de cujus – A competência territorial de foro contida no art. 96 do Código de Processo Civil é relativa e não poderia ser declarada de ofício pelo magistrado – Inteligência da Súmula nº 33 – Decisão reformada – Recurso provido” (TJSP – AI 2270020-76.2015.8.26.0000, 18-2-2016, Rel. Rui Cascardi).

“**Apelação cível** – Ação monitória – Embargos – Saldo remanescente em ação trabalhista proveniente da arrematação de bem imóvel – Prova escrita do crédito – Adequação da via eleita – Art. 1.102a do Código de Processo Civil – Foro competente – Artigos 96 e 984 do Código de Processo Civil – Prova da propriedade do bem imóvel arrematado – Saldo da arrematação que pertence a autora – Ônus da sucumbência – Redução dos honorários advocatícios – 1 – A ação monitória é cabível para a pretensão de recebimento de valor que pertencia à autora, pois há prova escrita do crédito. 2 – O **foro do inventário** é o competente para o julgamento da ação em que é réu o espólio, nos termos do art. 96 do Código de Processo Civil. 3 – A prova escrita constante dos autos e a ausência de prova em contrário demonstram o direito da Autora ao crédito levantado na ação trabalhista. 4 – Devem ser reduzidos os honorários advocatícios para 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, ante a simplicidade da causa, a ausência de dilação probatória e designação de audiências, e o tempo para o deslinde da controvérsia. Recurso Parcialmente Provido” (TJPR – Acórdão 0838363-9, 8-2-2012, Relª Desª Vilma Régia Ramos de Rezende).

“**Processo civil** – Conflito negativo de competência – Foro universal do inventário – *Vis attractiva* do juízo do inventário impossibilidade – Ação de direito pessoal – Varas cíveis. 1 – O art. 96 do CPC não institui um juízo universal do inventário, de forma a atrair todas as causas correlatas, limitando-se a definir a competência territorial para os processos afins. 2 – Tratando-se de foro com vários juízos, a fixação da competência será regulada de acordo com o código de organização judiciária local. 3 – Verificando-se que a relação material subjacente discutida na ação de execução não tem caráter de direito sucessório, imperativo seja distribuída livremente a uma das varas cíveis. Declaro competente o juízo da 3ª vara cível da comarca de Rio Verde” (TJGO – CC 201094008508, 18-4-2011, Rel. Wilson Safatle Faiad).

5 “**Inventário** – Depósitos mantidos pelo autor da herança no exterior – Pedido de alvará para movimentação dessas contas – Pedido indeferido – Inteligência do disposto no inciso II do artigo 89 do Código de Processo Civil. Recurso improvido. Por interpretação a *contrario sensu* do inciso II do artigo 89 do Código de Processo Civil, a autoridade judiciária brasileira não dispõe de competência para proceder a inventário, alvará e partilha de bens situados no exterior” (TJSP – Ap 994.07.113436-0, 31-8-2012, Rel. Coelho Mendes).

6 “Agravo de instrumento – Ação cautelar incidental de arrolamento de bens – Inventário – Decisão que indeferiu o pedido liminar de arrolamento de bens. Bens sujeitos a inventariança e já declarados nos autos de inventário. **Inventariante dativo** (divergência entre sucessores e interessados). Obrigação de declaração do inventariante e dos demais interessados. Eventuais bens sonogados deverão ser objeto de ação de sonogados. Recurso improvido” (TJSP – AI 2160646-28.2015.8.26.0000, 3-3-2016, Rel. Silvério da Silva).

“Agravo de instrumento – Ação de reintegração de posse – Ineficácia da constituição em mora com a notificação do **inventariante dativo**. Herdeiros e sucessores do *de cujus* que serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte. Art. 12, § 1º, CPC – Incidência – Inocorrência da rescisão do compromisso de compra e venda porque os herdeiros não foram notificados, mas somente o inventariante dativo. Extinção da ação sem resolução do mérito. Recurso provido” (TJSP – AI 2013833-03.2013.8.26.0000, 6-3-2015, Rel. Afonso Bráz).

“Inventário. Remoção de inventariante determinada de ofício. Possibilidade. Hipótese em que não são exigidas formalidades procedimentais, bastando, para tanto, a declaração do juiz quanto à caracterização de qualquer das faltas estabelecidas no art. 995, do Código de Processo Civil. Regular andamento do inventário não verificado. Ausência de atendimento às determinações do juízo. Problemas atinentes à administração do inventário que justificam a nomeação de **inventariante dativo** para melhor andamento do feito. Decisão mantida. Agravo desprovido” (TJSP – AI 0125367-20.2012.8.26.0000, 10-5-2013, Rel. Luiz Antonio de Godoy).

“Agravado de instrumento processual civil – **Inventariante dativo**. Art. 990 VI do CPC. Necessidade de intimação de todos os herdeiros. Art. 12, § 1º do CPC. Litisconsórcio necessário. Nulidade absoluta dos atos pela falta de intimação de todos os herdeiros. Recurso conhecido e no mérito provido – No caso de inventariante dativo, o legislador entendeu que não haveria legitimidade para representação plena do espólio, razão pela qual todos os herdeiros e sucessores são chamados a compor a lide” (TJPR – AI 0785629-3, 26-1-2012, Rel. Des. Antenor Demeterco Junior).

“**Condomínio** – Despesas – Ação de cobrança – Ausência de impugnação específica – Prevalência da dívida afirmada, amparada em prova documental – Procedência reconhecida – Recurso improvido – Limitando-se a defesa a formular argumentos que traduzem impugnação genérica e outros que não guardam relevância para a apreciação do tema, além do que a dívida se encontra suficientemente demonstrada pela documentação, inegável se apresenta a procedência do pedido. Processo Civil – Ação proposta em face de espólio – Representação por inventariante dativo – Necessidade de citação dos herdeiros, que devem também ocupar o polo passivo – recurso improvido – Na forma do art. 12, § 1º, do CPC, cabe aos herdeiros, em litisconsórcio necessário, realizar a atuação da defesa dos próprios interesses, quando há inventariante dativo” (TJSP – Ap 992.08.075189-9, 7-6-2011 – Rel. Antonio Rigolin).

7 “Civil – Processual civil – Agravado interno – Agravado em recurso especial – Recurso manejado sob a égide do NCPC – Inventário – Agravado de instrumento – **Inventariante** – **Remoção** – Possibilidade – Apelo nobre – Violação dos arts. 995 e 996 do CPC – Tribunal local que atestou a desídia do inventariante com base nos fatos da causa – Reforma do julgado – Incidência da Súmula nº 7 do STJ – Dissídio jurisprudencial não comprovado – 1- Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9-3-2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2- Tendo a Corte de origem concluído que o agravante não vinha desempenhando a contento a sua função de inventariante e que se achavam presentes os requisitos legais para a sua remoção do cargo, a reforma de tal entendimento demanda reexame dos fatos da causa, o que é vedado, na via eleita, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 desta Corte. 3- Não é possível o conhecimento do nobre apelo interposto pela divergência jurisprudencial, na hipótese em que ele está apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula nº 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea c do permissivo constitucional. Precedente. 4- Agravado interno não provido” (STJ – AGInt-AG-REsp 835.802 – 2015/0325276-2, 5-9-2016, Rel. Min. Moura Ribeiro).

“Agravado – **Incidente de remoção de inventariante** – Decisão que acolheu o incidente – inconformismo da inventariante – acolhimento – ausência de comprovação das irregularidades alegadas – Inventariante autorizada a administrar os bens da empresa individual do falecido. Não caracterizadas quaisquer das hipóteses do art. 995 do CPC. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP – AI 2093031-55.2014.8.26.0000, 12-2-2015, Relª Viviani Nicolau).

“Civil e processual civil. Ação de inventário. Prestação de contas. **Remoção de inventariante**. Procedência. Apelação. Não conhecida no primeiro grau. Agravado de instrumento. Provimento. Recurso especial. Ausência de documento obrigatório. Provimento. Decisão monocrática pela prejudicialidade do apelo. Agravado regimental. Improvimento. 1. É vedado ao Tribunal de origem rever decisão do Superior Tribunal de Justiça transitada em julgado. 2. O pedido para prestação de contas pode ser autuado como incidente processual nos próprios autos do inventário. 3. Agravado Regimental improvido” (TJAC – AgRg 0005611-54.2005.8.01.0001 – (14.049), 14.02.2013, Relª Desª Maria Cezarinete de Souza Augusto Angelim).

“Agravado de instrumento – **Incidente de remoção de inventariante** – Arrolamento – Hipótese onde é incontroversa a animosidade entre os herdeiros, incluída a inventariante que, após dois anos da distribuição do inventário não providenciou o pagamento das custas judiciais e os tributos ou apresentou plano de partilha. Nomeação de inventariante dativo, advogado de confiança do Juízo, que se revela não só salutar, mas necessária e extremamente benéfica aos próprios herdeiros. Agravado desprovido” (TJSP – AI 0085675-14.2012.8.26.0000, 12-11-2012, Rel. Gilberto de Souza Moreira).

8 “Agravado de instrumento. Inventário. **Incidente de remoção de inventariante**. Decisão agravada que julgou improcedente o incidente. Inconformismo. Não acolhimento. Alegações amparadas nas hipóteses do art. 995, III e IV, do CPC. Ministério Público que refutou, minuciosamente, todas as teses da herdeira agravante, consistentes em má administração dos bens dos espólios, dilapidação e deterioração do patrimônio e prejuízo decorrente de desídia nos processos executivos movidos contra um dos espólios. Decisão agravada bem fundamentada. Ausência de justificativa para a remoção do inventariante. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso” (TJSP – AI 0119655-49.2012.8.26.0000, 04.03.2013, Relª Viviani Nicolau).

“**Agravado de instrumento** – **Inventário** – Decisão que remeteu à ação própria discussão acerca de numerário depositado em conta conjunta do *de cujus* e do agravado. Questão de alta indagação, que depende de dilação probatória. Indeferido, ademais, pedido de remoção do inventariante. Ausência de prova suficiente de conduta indevida que lhe fosse atribuível. Decisão mantida. Agravado desprovido” (TJSP – AI 0067067-65.2012.8.26.0000, 5-11-2012, Rel. Claudio Godoy).

“**Agravo de instrumento** – Remoção de inventariante pautado no CPC – Alegação de condutas contrárias, entre outros, aos arts. 1.015 e 1.080 do Código Civil. Modificação contratual e alienação de bem imóvel feitas conforme a lei. Ausência, portanto, de motivos a ensejarem a remoção da inventariante do cargo. Decisão mantida. Agravo não provido” (TJSP – AI 994.09.341013-5, 22-7-2011 – Rel. José Carlos Ferreira Alves).

9 **Investigação de paternidade** post mortem – ação cautelar incidental de arrolamento de bens e reserva de quinhão – “Processual civil. Embargos de declaração no recurso especial. Ação cautelar incidental de arrolamento de bens e reserva de quinhão. Investigação de paternidade *post mortem*. Alegada omissão no acórdão embargado. Inocorrência. Embargos declaratórios rejeitados. 1. Inexistentes as hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhida os embargos de declaração que têm nítido caráter infringente opostos contra acórdão que negou provimento ao recurso especial que visava trancar medida cautelar de arrolamento de bens incidental à ação de investigação de paternidade *post mortem*. 2. Os embargos de declaração não se prestam para sanar o inconformismo da parte com o resultado desfavorável no julgamento ou para reapreciar matéria já decidida. Precedentes. 3. Embargos declaratórios rejeitados.” (STJ – EDcl-PET-REsp 1.255.415 – (2011/0127978-2), 1-6-2015, Rel. Min. Moura Ribeiro). **Apelação cível** – direitos do nascituro – seguro obrigatório (DPVAT) – ação de ressarcimento – cerceamento de defesa – preliminar rejeitada – mérito – filho concebido à época do falecimento do segurado – indenização paga aos avós – recebimento indevido – dever de ressarcimento – intelecção dos arts. 2º, 792 e 1.829 do CC e 4º da Lei nº 6.194/1974 – valor que não responde por dívidas do segurado – indenização – direito próprio do beneficiário e não como decorrência de herança – inteligência do art. 794 do CC – recursos conhecidos e desprovidos – No sistema da livre persuasão racional, abrigado pelo Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário final da prova, cabendo-lhe decidir quais elementos são necessários ao deslinde da causa. Não há cerceamento de defesa se a diligência requestada não se apresenta como pressuposto necessário ao equacionamento da lide. A ordem de pagamento do seguro obrigatório, inexistindo a indicação de beneficiário, rege-se pelo disposto na parte final do art. 792, de modo que, não havendo cônjuge sobrevivente, caberá aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária, disposta no art. 1.829 do Código Civil. Por se enquadrar como uma espécie de seguro de pessoas, o valor da indenização pertence ao beneficiário por um direito próprio e não por herança, de modo que o *quantum* a que faz jus não responde pelas dívidas do segurado. Intelecção do art. 794 do Código Civil. “A razão da disciplina que impede do capital estipulado, em caso de morte, responder pelas dívidas ou obrigações do segurado, está no fato de que deve ser certo o direito que o beneficiário adquire, ocorrendo o sinistro, de exigir do segurado o previsto pelo contrato. O crédito, portanto, lhe pertence por um direito próprio (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XI, tomo I: das várias espécies de contrato. Rio de Janeiro: 2007, p. 747). (TJSC – AC 2012.047958-7, 13-11-2015, Rel. Des. Sebastião César Evangelista).

“**Ressarcimento de bens** – Herança – Paternidade reconhecida – **Direito do nascituro** – A legislação civil protege os direitos dos nascituros desde a sua concepção. Tendo a autora sido reconhecida como a única descendente do *de cuius*, portanto, primeira na linha sucessória, devem a ela serem ressarcidos os bens que indevidamente foram apropriados por seus avós. Recurso não provido” (TJMG – Acórdão 1.0317.05.054533-2/001, 15.01.2012, Rel. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade).

10 “**Apelação cível** – Ação de anulação de documento – **Escritura pública constando deserdação de herdeiro necessário** – Impossibilidade – Eficácia da disposição testamentária de deserdação subordina-se à comprovação da veracidade da causa arguida pelo testador – Aplicação do artigo 1965 do código civil – Prática de apropriação indébita pelo apelante não restou demonstrada através de ação própria – Recurso conhecido e provido – Decisão por maioria” (TJSE – Acórdão 2010211989 – (13772/2012), 21-9-2012, Relª Desª Suzana Maria Carvalho Oliveira).

“**Apelação cível**. Direito sucessório. Deserdação. Testamento. Necessidade de observância dos requisitos legais dos artigos 1.962 e 1.814 do Código Civil. Sentença de improcedência. Inexiste prova cabal de que o apelado tenha ‘por violência ou fraude’ inibido a testadora de dispor livremente de seus bens ou direitos, ou que tenha lhe obstado os atos de última vontade, que caracteriza a aplicação do inciso III, do artigo 1.814 do Código Civil. Assim, não correspondendo a causa invocada, exatamente, a alguma das mencionadas no Código Civil em seus artigos 1.814, 1.962 e 1.963, será inoperante a deserdação e o testamento será nulo quanto à porção da legítima. A deserdação como medida extrema não admite analogias ou ampliação das possibilidades. Sentença de improcedência que se mantém. Desprovidimento do recurso” (TJRJ – Acórdão Apelação Cível 003016.63.2010.8.19.0209, 31-8-2011 – Rel. Sebastião Rugier Bolelli).

11 “**Sucessões** – Anulatória e declaratória de nulidade de testamento – **Pacto sucessório firmado em país estrangeiro** (Suíça) reconhecido como válido no Brasil. Alteração do regime de bens no casal levada a efeito posteriormente, que, pelo Direito Suíço, aplicável à espécie segundo a regra do *tempus regit actum*, não implicou em revogação tácita do pacto sucessório. Falecimento do cônjuge varão e alteração do rol dos herdeiros, por testamento lavrado no Brasil, pela cônjuge virago supérstite. Testamento que viola o pacto sucessório, já que possível era à cônjuge supérstite tão só a alteração de seus próprios herdeiros legais, sendo vedada qualquer alteração dos herdeiros de seu finado marido. Nulidade parcial dos testamentos e codicilos lavrados no que toca a 3/4 (três quartos) dos bens integrantes do monte-mor, que deve ser conferido aos parentes consanguíneos de Ernesto Júlio Wolf segundo disposições do pacto

sucessório. Dá-se provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor e nega-se provimento ao recurso adesivo interposto pelos réus” (TJSP – Ap. 994.09.039016-0, 18-4-2012, Relª Christine Santini).

4

CAPACIDADE PARA SUCEDER. INDIGNIDADE. APARÊNCIA E HERDEIRO APARENTE

4.1 CAPACIDADE PARA SUCEDER



4.2 INDIGNIDADE PARA SUCEDER

4.3 CARACTERÍSTICAS DA INDIGNIDADE

4.4 EFEITOS DA INDIGNIDADE

4.5 REABILITAÇÃO DO INDIGNO

4.7 APARÊNCIA E HERDEIRO APARENTE. O ART. 1.817 DO CÓDIGO CIVIL. POSIÇÃO DO HERDEIRO APARENTE NO CÓDIGO DE 2002



**HERANÇA JACENTE.
HERANÇA VACANTE.
SUCESSÃO DO ESTADO.
SUCESSÃO DO AUSENTE**

Nossa lei não trata de forma muito clara a situação de uma herança sem herdeiros conhecidos. A herança é jacente quando não conhecemos quais são os herdeiros, ou então quando os herdeiros conhecidos repudiaram a herança, renunciaram, não existindo substitutos.

O estado de jacência é simplesmente uma passagem fática, *transitória*. Da herança jacente, não logrando entregar a herança a um herdeiro, passamos à herança vacante, ou seja, sem titular, como ponte de transferência dos bens do monte-mor ao Estado.

No Direito Romano, o problema era colocado de forma diferente. Como a herança aguardava que o herdeiro a aceitasse, com a adição da herança, até que houvesse essa adição, *hereditas jacet*, a herança era jacente. Os romanos superavam os inconvenientes de um patrimônio sem titular com uma série de ficções, como a que reputava que sobrevivesse o defunto, no interesse do futuro herdeiro (Barreira, 1970:113).

Em razão da situação ocorrente em Roma, a herança jacente era equiparada a uma pessoa jurídica, embora a entidade moral não fosse, a princípio, conhecida com os contornos modernos. Como havia uma necessidade de proteger o patrimônio sem titular, a aparência era a de uma pessoa jurídica.

Como modernamente, pelo princípio da *saisine*, não é admitida, juridicamente, uma herança sem titular, não pode a herança jacente ser tida como uma pessoa jurídica. Essa é a opinião generalizada entre nós. Como já estudamos em *Direito civil: parte geral*, Capítulo 14, para a existência da pessoa jurídica há, sempre, a necessidade de certos requisitos, como um interesse coletivo, a vontade na formação etc., que estão ausentes na herança jacente.

No entanto, como existe um administrador na herança jacente, na pessoa do curador, como veremos, a exemplo de outras entidades que não são pessoas jurídicas, como a massa falida, o condomínio em unidades autônomas, a herança jacente deve ser classificada como uma *entidade com personificação anômala*, ou personalidade reduzida, como preferem alguns. O CPC (art. 174, VI) diz que a herança jacente ou vacante é representada em juízo pelo seu curador. Ao tratarmos do assunto em *Direito civil: parte geral*, fizemos referência ao fenômeno. A exemplo de outras situações, a herança jacente abarca

uma série de medidas que têm por objetivo proteger os bens de um titular ainda desconhecido. O mesmo ocorre nos casos de nascituro e do ausente. Daí porque não podemos negar uma forma de personificação dessas situações, como a própria lei processual o faz.

A característica principal da herança jacente é sua transitoriedade. Os bens dessa herança serão entregues aos herdeiros que se habilitarem, ou então será declarada a herança vacante. Difere da situação do espólio, quando os herdeiros são conhecidos.¹

Disponha o art. 1.591 do Código Civil de 1916:

“Não havendo testamento, a herança é jacente, e ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador:

I – se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiros, descendente ou ascendente, nem colateral sucessível, notoriamente conhecido;

II – se os herdeiros, descendentes ou ascendentes, renunciarem à herança, e não houver cônjuge, ou colateral sucessível, notoriamente conhecido.”

Por seu lado, o art. 1.819 do Código de 2002 estatui:

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

Existe jacência, pois, quando, em síntese, não se sabe de herdeiros: ou porque não existem, ou porque não se sabe de sua existência, ou porque os herdeiros eventualmente conhecidos renunciaram à herança.

A dicção do Código de 1916 pecava por ser prolixa e não muito clara. O art. 1.591 do antigo Código regulava os casos de jacência sem testamento. A alusão legal a herdeiros *notoriamente conhecidos* sempre foi tida pela doutrina como referente a sucessores presentes no local da sucessão. Também a locução só se refere aos colaterais. Lembre que o colateral sucessível é aquele que vai até o quarto grau.

A jacência com testamento era tratada pelo art. 1.592 do antigo Código:

“Havendo testamento, observar-se-á o disposto no artigo antecedente:

I – se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiros descendentes ou ascendentes; II – se o herdeiro nomeado não existir, ou não aceitar a herança;

III – se, em qualquer dos casos previstos nos dois números antecedentes, não houver colateral sucessível, notoriamente conhecido;

IV – se verificada alguma das hipóteses dos três números anteriores, não houver testamentário nomeado, o nomeado não existir, ou não aceitar a testamentaria.”

A redação também era prolixa e criticável. A situação, em qualquer das hipóteses, aqui, ou no dispositivo antecedente, era a ausência de alguém que recebesse e administrasse a herança. Bastaria, no segundo caso, que o legislador dissesse que a herança seria jacente quando o beneficiário pelo testamento não existisse ou não aceitasse a herança (Monteiro, 1977, v. 6:59). De qualquer forma, os vários incisos do art. 1.592 não podiam ser lidos isoladamente, pois levariam à enganosa conclusão, por exemplo, que a herança seria jacente se o falecido não deixasse cônjuge, nem herdeiros descendentes ou ascendentes. Por tudo isso, optou o Código de 2002 pela forma sintética do art. 1.819 que espelha a regra geral: a herança é jacente quando não há quem dela possa legitimamente cuidar.²

Há outros casos de jacência, como a do nascituro, enquanto não ocorre o nascimento, não havendo outro sucessor, e da pessoa jurídica em formação por força de uma deixa testamentária, também não havendo outros sucessores. A situação é a mesma no caso de herdeiro sob condição suspensiva, enquanto não ocorrer o implemento da condição.

Em qualquer dos casos, a *notoriedade* de que fala a lei é de compreensão fácil. Se o corpo social sabe da existência de um sucessor, ainda que existente em local diverso do domicílio do *de cuius*, não há que se falar em herança jacente.

O procedimento da arrecadação vem versado nos arts. 738 a 743 do CPC de 2015. O art. 738 do CPC determina ao juiz, nos casos em que a lei civil considere jacente a herança, que proceda sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens. O juiz competente é o da comarca do domicílio do falecido, porque geralmente é lá que estão o centro de negócios e a maioria dos bens.

É caso excepcional dentro da lei processual em que o juiz age de ofício, iniciando o processo por portaria. Na maioria das vezes, o juiz fica sabendo de falecimento nessas condições pelo assentamento do Registro Civil. O declarante deve informar sobre a existência de herdeiros. Pode, no entanto, não conhecê-los. Nem por isso a herança deixa de ser jacente.

Pode não ter havido ainda, por qualquer motivo, o registro do óbito. De qualquer forma que venha o juiz a saber da morte sem herdeiros, ele deve iniciar o processo por portaria. Tal não impede, contudo, que o procedimento seja provocado por quem tenha tomado conhecimento de morte nessas condições, como o Ministério Público, o detentor dos bens, a autoridade policial ou tributária, ou qualquer outra pessoa que leve a informação ao juízo.

O que devemos levar em conta é que a arrecadação é, antes de mais nada, um procedimento cautelar: os bens são arrecadados para evitar uma dilapidação por terceiros oportunistas, em prol de futuros herdeiros a serem encontrados ou, em última análise, do Estado, que também é herdeiro.

Contudo, deve sempre o juiz ter algum fundamento para iniciar o processo, ou, ao menos, suspeita de que os bens possam desaparecer se as medidas previstas no procedimento não forem tomadas de plano. Bens sem titular conhecido são chamariz para aproveitadores.

A finalidade do procedimento, essencialmente cautelar, como vimos, é a arrecadação de todos os bens, de qualquer natureza, e sua guarda, conservação e administração, assim como a procura de herdeiros ou legatários. Frustrada a descoberta de sucessores, passa-se à fase seguinte, que é a de vacância da herança. O juiz deve ser suficientemente diligente para usar de todos os meios ao seu alcance para a localização de herdeiros. No início de nossa carreira de magistrado, logramos localizar herdeiros de pessoa falecida sem qualquer parente conhecido, enviando carta informal à Prefeitura de pequena cidade na Itália, onde o morto havia nascido. Os herdeiros fizeram-se representar em nosso país e processaram o inventário.

Por sua natureza, como afirmado, a jacência é transitória. A herança fica sob a administração de um curador (art. 739 do CPC) até a entrega dos bens ao sucessor legalmente habilitado, ou até a declaração de vacância, quando a herança será incorporada ao Estado.

O procedimento de jacência está intimamente ligado à vacância e à sucessão do Estado. Na verdade, existem quatro fases: a arrecadação, a publicação de editais e a procura de herdeiros (art. 741 do CPC), a entrega de bens ao Estado e a definitiva transferência do domínio dos bens ao Estado.

As atribuições do curador, nomeado pelo juiz, são, em geral, as de qualquer pessoa que administra bens alheios (art. 739, § 1º, do CPC). No processo de herança jacente, participa obrigatoriamente o Ministério Público (art. 739, § 1º, I). A função do curador é remunerada, exercendo ele uma atribuição auxiliar do juiz. Sua remuneração deve levar em conta o trabalho efetuado e o montante dos bens administrados. Deve agir com diligência, já que é pessoa de confiança do juízo. Qualquer quebra de confiança autoriza o juiz a destituí-lo, bem como a suprimir seus salários.

O art. 740 do CPC expõe como deve o juiz proceder na arrecadação, lavrando-se auto circunstanciado. O oficial de justiça, juntamente do escrivão, do chefe de secretaria e do curador farão o arrolamento de bens que se encontrarem na residência do morto ou em outro local. Não tendo havido tempo hábil para a nomeação do curador, nada impede que seja nomeado um curador *ad hoc* apenas para essa primeira atividade, ou que se nomeie um depositário, como fala o § 2º do dispositivo.

Cabe ao juiz examinar reservadamente os papéis, cartas e livros domésticos do falecido. Os guardados sem interesse serão lacrados para entrega aos herdeiros, ou serão queimados, se os bens forem declarados vacantes. Pode o juiz ordenar que a autoridade policial proceda à arrecadação, se não puder comparecer por motivo justo, ou por estarem os bens em lugar muito distante (art. 740, § 1º, do CPC). Trata-se de exceção, já que o juiz deve zelar por fazer a diligência.

O procedimento é suspenso se aparecer algum herdeiro ou testamentário notoriamente conhecido, sem oposição do curador, do órgão do Ministério Público, da Fazenda Pública, ou de qualquer interessado (art. 740, § 6º). O juiz deve julgar de plano as eventuais oposições. A exemplo do inventário, não se decide no procedimento matéria de alta indagação (que requeira produção de prova que não documental). Tal deve ser decidido em ação autônoma.

O curador, o Ministério Público e a autoridade policial devem auxiliar o juiz na busca de sucessores. Feito o auto de arrecadação de todos os bens, o juiz manda expedir edital na forma do art.

741 do CPC. O edital será publicado inclusive na rede mundial de computadores do sítio do tribunal respectivo, para que se habilitem os sucessores do *de cujus* no prazo de seis meses contados da primeira publicação. A citação será pessoal, se houver testamentário em lugar certo. Haverá comunicação à autoridade consular se o falecido era estrangeiro. Nada impede que seja solicitada da autoridade consular a localização de pessoa no estrangeiro. Note que se trata de procedimento de jurisdição voluntária, não estando o juiz adstrito ao critério da legalidade estrita (art. 723 do CPC).

Admitido o herdeiro que se habilitou (art. 741, § 3º, do CPC), a arrecadação é convertida em inventário. Da decisão que admite ou não herdeiro cabe apelação. Note que a habilitação pode ter sido temporariamente inadmitida por falta de provas, quando a situação será de agravo de instrumento. A habilitação deve ser processada em apartado.

Nos termos do art. 743 do CPC:

“Passado 1 (um) ano da primeira publicação do edital e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vacante. § 1º. Pendendo habilitação, a vacância será declarada pela mesma sentença que a julgar improcedente, aguardando-se, no caso de serem diversas as habilitações, o julgamento da última”.

O art. 1.820 do Código Civil de 2002 dispõe no mesmo sentido:

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

Pela vacância, os bens são entregues ao Estado. Essa fase, porém, não tem o condão de incorporar os bens definitivamente ao Estado, o que só vem a acontecer após cinco anos da abertura da sucessão. A propriedade transferida aí ao Poder Público é resolúvel, já que no quinquênio poderá ainda surgir algum herdeiro. Após a declaração de vacância, dizia o art. 1.594, parágrafo único, do antigo Código, que eram excluídos os colaterais que não fossem notoriamente conhecidos.³ O parágrafo único do art. 1.822 do Código de 2002 dispõe que *“não se habilitando até a declaração de vacância, os colaterais ficarão excluídos da sucessão”*. Essa, portanto, é a consequência principal da declaração de vacância, qual seja, afastar os colaterais da herança. A passagem dos bens vacantes ao Estado opera-se sem necessidade de aceitação.

Também será imediatamente declarada a vacância quando todos os herdeiros chamados renunciarem à herança (art. 1.823). A hipótese é diversa, pois aqui os herdeiros são perfeitamente conhecidos, mas repudiam a herança, que resta sem titular. Esse dispositivo é introduzido pelo presente Código e visa evitar o desnecessário processo de vacância.

O prazo de incorporação dos bens vacantes ao Estado sofreu modificações legislativas. Na redação

original do art. 1.594 do antigo diploma, tais bens só passavam definitivamente ao Estado no prazo máximo de usucapião, que na época era de 30 anos.

Como a sentença de vacância não incorpora definitivamente os bens ao Estado, seu principal efeito, como vimos, é excluir os colaterais. Mas a sentença de vacância traz ainda outro efeito, tornando a propriedade do Estado plena e definitiva (art. 1.822). A Fazenda Pública fica na condição de depositária dos bens, até a incorporação definitiva.⁴

“Transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta” (art. 743, § 2º do CPC).

Portanto, nada mais é discutido no processo de jacência e vacância. A ação direta será movida contra a Fazenda Pública. Uma vez os bens atribuídos ao Estado, o patrimônio devia ser empregado no ensino universitário (Decreto-lei nº 8.207/45, art. 3º). Os bens eram incorporados ao domínio da União, dos Estados ou do Distrito Federal, conforme o caso.

A Lei nº 8.049, de 20-6-90, modificou o destino dos bens ao Estado. Alterou a redação do art. 1.594 do Código antigo, determinando que os bens arrecadados passassem ao *“domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal”*. Caberá aos municípios regular o destino desses bens. Foi alterado também o inciso V do art. 1.603 do antigo Código, colocando-se em quinto lugar na ordem de vocação hereditária os Municípios, o Distrito Federal ou a União,⁵ e o presente Código manteve a mesma orientação no art. 1.822.

O Código de 2002 apresenta artigo com redação nova que é surpreendente por ser absolutamente inócua. Dispõe o art. 1.821 que *“é assegurada aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança”*. Nunca se duvidou que o credores podem cobrar suas dívidas do espólio, até as forças da herança, conforme o benefício de inventário. O dispositivo era plenamente dispensável.

Vimos que a herança jacente passa a vacante quando não há sucessores. A vacância é a forma de se atribuir os bens da herança ao poder público, colocado em último lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais de quarto grau.

Dado o caráter especial e peculiar da sucessão do Estado, não tem ele a *saisine*, não entrando, portanto, na posse e propriedade dos bens da herança tão só pela abertura da sucessão.⁶

A doutrina muito discutiu a respeito da natureza jurídica desse direito sucessório do Estado. Defendeu-se que o Estado herda em razão de seu *iure occupationis* (direito de ocupação). Isso porque o poder público se apoderaria das coisas sem dono. Como bem critica Washington de Barros Monteiro (1977, v. 6:91), tal tese não encontra ressonância na estrutura jurídica da propriedade e da sucessão:

“o falecido não abandona os bens hereditários; se houvesse abandono, pertenceriam estes, inquestionavelmente, a quem deles se apoderasse em primeiro lugar, o que não é verdadeiro”.

Também não pode ser aceita a opinião de que o Estado recebe a herança em razão de sua soberania (*ius imperii*). Na verdade, como conclui Dolor Barreira (1970:170), o direito do Estado à herança não diverge em nível do direito dos demais herdeiros, a não ser pelo fato de ser uma herança compulsória, que não pode ser renunciada. Daí por que conclui o autor, e com razão, que a discussão acerca da natureza jurídica ora referida é acadêmica, sem maiores alcances práticos.

Como referimos, o Estado devia aplicar as heranças em fundações destinadas ao ensino universitário (Decreto-lei nº 8.207/45). Agora caberá a destinação, primordialmente aos Municípios. Justamente porque se considera o Estado como um herdeiro com compreensão diversa, o art. 1.829 do vigente Código não o menciona na ordem de vocação hereditária.

Já nos referimos à ausência no estudo da parte geral do Código, quando dissemos que o instituto está ligado ao Direito de Família, com reflexos no Direito das Sucessões. Normalmente, a doutrina trata da matéria no Direito de Família, pois é ali que o assunto vinha tratado no Código anterior (arts. 463 ss). Como mencionamos no primeiro volume desta obra e reiteramos no estudo do direito de família, a curadoria do ausente no Código de 2002 é tratada na parte geral (arts. 22 a 25). Contudo, os reflexos no Direito das Sucessões impõem que aqui se faça uma breve referência sobre o fenômeno.

Conceituamos a ausência como sendo o fato de uma pessoa deixar seu domicílio sem dar notícias de seu paradeiro. Enquanto na herança jacente existe uma morte, sem a existência de sucessores conhecidos, na ausência existe um desaparecimento, uma suspeita de morte, embora, geralmente, haja sucessores (herdeiros ou legatários) conhecidos. Como vemos, os institutos têm pontos de contato, mesmo porque a sucessão do ausente pode converter-se em herança jacente e vacante, quando desconhecida é a existência de herdeiros (art. 28, § 2º). O sentido da lei ao disciplinar a ausência é defender o patrimônio daquele que se ausentou, proporcionando a sua transmissão aos herdeiros.

Já nos referimos à impropriedade de o ausente ser tratado, como fazia a lei anterior, como incapaz. Tal “incapacidade” devia ser vista com a devida reserva, pois se há uma declaração de ausência em determinado lugar, tal não retira a capacidade da pessoa no local onde se encontra e onde tem sua vida negocial.

A proteção aos bens do ausente segue três fases distintas: a curadoria do ausente, a sucessão provisória e a sucessão definitiva. O processo de declaração de ausência vem disciplinado nos arts. 744 a 745 do CPC.

Qualquer interessado (cônjuge, herdeiros, credores do desaparecido) e o Ministério Público podem pedir a nomeação de curador (art. 22). O juiz deve fixar a extensão dos poderes do curador, que aqui também é um auxiliar do juízo, observadas as disposições da tutela e curatela, no que couberem (art. 24).

A fase da sucessão provisória tem início na forma do art. 26:

“Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.”

Como o desaparecido pode aparecer a qualquer momento, os bens não podem ser dissipados. A posse dos herdeiros fica sujeita a garantias prestadas por eles (art. 30). A posse é provisória. Aquele que não puder apresentar garantias para usufruir dessa posse será dela excluído, ficando sua parte dos bens com o curador, ou outro herdeiro designado pelo juiz, que possa apresentar tal garantia (art. 30, § 1º).

A lei procura assegurar ainda a preservação maior do patrimônio, determinando que os bens imóveis sejam confiados em sua integridade aos sucessores provisórios mais idôneos. Não podem ser alienados os bens do ausente nessa fase provisória, salvo para evitar sua ruína. Se os bens não podem ser alienados na sucessão provisória, os frutos podem ser vendidos. Se o ausente aparecer, ou se souber de sua existência, durante a posse provisória dos herdeiros, perdem eles todas as vantagens, devendo tomar, no entanto, medidas assecuratórias até a entrega dos bens ao dono (art. 36).

A sucessão definitiva só pode ocorrer, pelo mais recente Código, dez anos depois de passada em julgado a sentença concessiva da sucessão provisória, podendo, então, ser levantadas as cauções prestadas (art. 37). O art. 481 do Código de 1916 estabelecia o prazo de 20 anos depois do trânsito em julgado dessa sentença.

Embora nosso direito de 2002 passe a admitir expressamente possibilidades de morte presumida (art. 7º), dispõe também o art. 38:

“Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta 80 (oitenta) anos de nascido, e que de 5 (cinco) datam as últimas notícias suas.”

Nessa situação, diminuem muito as possibilidades de retorno do ausente. Na sucessão definitiva, a posse provisória dos herdeiros é transformada em propriedade resolúvel, já que, se o ausente regressar nos 10 anos seguintes à abertura da sucessão definitiva,

“ou algum de seus descendentes, ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo” (art. 39).

Na sucessão definitiva os sucessores adquirem os frutos dos bens e seus rendimentos. Não estão obstados a alienar ou gravar os bens. Não estão mais obrigados a prestar caução. Aplicam-se, em geral, os princípios da propriedade resolúvel na hipótese. Observe-se, como faz Arnoldo Wald (1988:41), que há importantes princípios aplicáveis quando ocorre o retorno do ausente após aberta a sucessão definitiva: os atos praticados pelo sucessor são válidos; não pode haver um injusto enriquecimento por parte do sucessor, o ausente não pode diminuir o patrimônio do sucessor; o ausente recebe os bens e o

capital no estado em que se encontram, sem direito ao recebimento dos frutos.

É de ser lembrado que, se por um lado o sucessor não pode se locupletar à custa do ausente, o ausente deve indenizar o sucessor se este fez melhoramentos e acréscimos na coisa no curso do lapso da ausência. Felizmente, a matéria é de pouco alcance prático, dada a raridade das situações, uma vez que a posse provisória e a propriedade resolúvel presentes nos institutos são sumamente inconvenientes e geradoras de problemas. Contudo, a lei acautela os interesses em jogo e não poderia dispor de forma diversa. De qualquer modo, é no estudo do Direito de Família que o instituto da ausência deve ser mais aprofundado.

¹ “Civil e processual civil – Apelação Cível – Sucessão – **Herança Jacente** – Pedido de habilitação – Vínculo Socioafetivo – Não demonstração – 1- É certo que o artigo 1.593 do Código Civil ampliou o conceito de parentesco civil, passando a ser parente todo aquele que integre a família, independentemente da relação de consanguinidade. 2- Para que tal vínculo seja reconhecido, há que se fazer prova da convivência familiar baseada em sentimentos de ternura e de querer bem, ou seja, em sentimento voluntário, desprovido de interesses pessoais e materiais, bem como considerar critérios para consubstanciar tal vínculo, tais como: se a pessoa acolhida é tratada e apresentada a todos como membro da família (tractatus). Se usa o nome da família e assim se apresenta perante terceiros (nominatio) ou se é reconhecida perante a sociedade como pertencente à família (reputatio). Não fazendo a parte prova nesse sentido, vínculo de parentesco não há, o que, conseqüentemente, não autoriza a habilitação nos autos do inventário. No caso, a apelante não demonstrou o direito (art. 333, I, do CPC). 3- Apelação conhecida e não provida” (TJDFT – Proc. 20130410110260APC – (948013), 20-6-2016, Rel. Marco Antonio da Silva Lemos).

“Civil e processual civil – Apelação cível – Ação de usucapião – **Herança jacente** – Bem público – 1 – O bem integrante de herança jacente só passa a ser considerado público com a sua declaração de vacância, motivo pelo qual, nesse interregno, admite-se a usucapião. 2 – Apelação provida. Sentença cassada. Unânime” (TJDFT – Proc. 20130111785469 – (804095), 21-7-2014, Rel. Des. Silva Lemos).

“Agravo de instrumento. Declaração de **herança jacente**. Compromisso de compra e venda celebrado entre a falecida e os agravantes. Prosseguimento do arrolamento de herança jacente com relação ao direito de crédito oriundo do contrato. Impossibilidade de se outorgar a escritura de compra e venda em favor dos agravantes. Recurso parcialmente provido” (TJSP – AI 0054390-66.2013.8.26.0000, 10-9-2013, Rel. Milton Carvalho).

“Apelação cível – Inventário – Falecimento do autor, sem deixar filhos, herdeiros ou testamento. Sentença que extinguiu o processo por abandono (art. 267, III, do CPC): anulação. Determinação do retorno do feito à primeira instância, devendo ser promovida a intimação por edital de herdeiros eventualmente existentes e, caso não os haja, a posterior conversão do inventário em arrecadação de **herança jacente**. Recurso conhecido e provido. 1 – Havendo nos autos a informação de que o autor teria falecido, é inviável a extinção do feito sem resolução de mérito por abandono. Outrossim, comprovado o falecimento do autor, em prazo inferior a 30 (trinta) dias após o ajuizamento (art. 257 do CPC), sem que houvesse o recolhimento de custas, mostra-se nula a sentença terminativa proferida após o óbito. 2 – Falecendo o autor do inventário sem deixar testamentos nem herdeiros conhecidos, deve-se proceder à intimação editalícia de seus possíveis sucessores; Não os havendo, o inventário deverá ser convertido em procedimento de arrecadação de herança jacente, a ser regido pelos arts. 1.142 e seguintes do cpc . 3 – Recurso conhecido e provido” (TJES – Acórdão 0008061-07.2008.8.08.0021, 3-8-2012, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa).

“Ação reivindicatória. Herança jacente. Declaração de vacância. Usucapião extraordinário. Ausência de prova do fato. Procedência do pedido. Apelação cível. – Ação reivindicatória. Imóvel situado no Recreio dos Bandeirantes integrante de **herança jacente** deixada por pessoa falecida em 1976. Sentença de declaração de vacância proferida pelo Juízo da 9ª Vara de Órfãos e Sucessões em 1998, quando o bem passou a integrar o acervo patrimonial da UERJ. Título levado a registro em 1999. Vistoria realizada em 2001 que constatou estar o imóvel ocupado pelo réu. Ação ajuizada em 2006 com vistas à reivindicação da posse. Defesa que sustenta a aquisição do imóvel por usucapião, pelo exercício da posse mansa e pacífica desde 1977, época em que o pai do réu se estabeleceu na região. 1 – ‘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*.’ (REsp 253.719/RJ). 2 – Constatada a possibilidade de aquisição do bem por usucapião até a data de declaração da

vacância, cabe observar as provas dos requisitos da usucapião extraordinária, consoante o art. 1.238 do Código Civil. 3 – Provas dos autos que se limitam a apontar posse relativamente recente do réu, o que desqualifica a tese de que o imóvel em disputa foi adquirido por usucapião. Oficina mecânica cuja existência não foi comprovada por qualquer fotografia ou documento. 4 – Recurso ao qual se dá provimento, para julgar procedente o pedido de reivindicação” (TJRJ – AC 0141803-56.2006.8.19.0001, 22-6-2011 – Rel. Des. Eduardo Gusmão).

2 “Agravado de instrumento – Ação de inventário – Decisão que declarou **jacente a herança** deixada pelo de cujus – Pedido de reforma da decisão sob o argumento de que o processo deveria ser remetido às vias ordinárias para instrução processual ante a insuficiência das provas documentais apresentadas – Improcedência – Parte que não comprovou ser herdeiro legítimo e, por tanto, não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 988 do Código de Processo Civil – Ausência de legitimidade para abertura de inventário – Habilitação de eventuais herdeiros que deverá ocorrer conforme a previsão dos artigos 1.152 e 1.153 do Código de Processo Civil. Decisão mantida. Recurso não provido” (TJPR – AI 1357377-6, 6-4-2016, Rel. Des. Rui Bacellar Filho).

“**Inventário** – recurso de agravo interposto contra decisão que determinou a conversão em herança jacente – nulidade configurada – Inventariante que não teve oportunidade de se manifestar sobre a intervenção requerida pela municipalidade. Ofensa ao devido processo legal. Deslinde do feito que depende da prévia análise da validade e eficácia de testamento e da existência de união estável entre o falecido e a agravante. Decisão anulada. Recurso provido” (TJSP – AI 2086599-20.2014.8.26.0000, 10-6-2015, Rel. Paulo Alcides).

3 “**Herança jacente**. Inobservância do devido processo legal. Descumprimento de todas as exigências legais para a declaração de vacância. Nulidade absoluta reconhecida. Anulação do processo. Recurso provido” (TJSP – Ap 0628895-35.2008.8.26.0100, 13-2-2013, Rel. Milton Carvalho).

“Agravado de instrumento. Ação de inventário. Rito atinente à herança jacente. **Sentença que declara a vacância da herança**. Petição nos autos de herdeiros colaterais que pretendem a anulação dos atos consumados e avocação à ação de inventário por eles proposta. Impossibilidade. Exegese do artigo 1.158 do CPC. Reclamação de direito por meio de ação própria – À luz do artigo 1.158 do Código de Processo Civil, transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta. Assim, não tendo os herdeiros se habilitado no prazo estabelecido na lei processual sentença que declara a vacância – Referente à herança jacente e vacante, findo está o procedimento, cessando a competência do juiz da arrecadação de bens, devendo os pretensos herdeiros por meio de ação própria defenderem os alegados direitos, não havendo que se falar em nulidade dos atos processuais já consumados. Agravo de instrumento não provido. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná” (TJPR – AI 0873191-5, 6-6-2012, Rel. Des. Gamaliel Seme Scaff).

“Ação reivindicatória – Bem transmitido a universidade pública em razão de **herança vacante** – Impossibilidade de usucapião de bem público. Litispendência – Inexistência – Bem imóvel reivindicado na presente ação é distinto do bem imóvel pedido em ação que tramita em outra vara – Endereço que indica a mesma rua, mas com números diferentes. Cerceamento de defesa – Inexistência desnecessidade de provar aquisição de imóvel por usucapião, uma vez que não há possibilidade de usucapião de bem público. Possibilidade jurídica do pedido – pedido juridicamente possível – bem de propriedade da apelada, recebido em razão de herança vacante. Recurso não provido” (TJSP – Apelação 994082167950 (7491585000), 21-9-2010, Rel. José Luiz Germano).

4 “Adjudicação compulsória de imóvel – Adjudicação dos direitos da promessa de cessão de venda e compra de imóvel pela autarquia na **herança vacante** da última cessionária, que era viúva, estrangeira, vivendo só. Quitação geral. Inexistência. Presunção do pagamento integral do preço pela omissão de a cedente adotar qualquer providência tendente a reclamar o crédito, como a habilitação em seu inventário ou então o ajuizamento da ação de rescisão contratual cumulada com a reintegração de posse. O art. 320, parágrafo único, do CC diz que valerá a quitação à falta do seu comprovante, quando for possível compreender pelas circunstâncias a sua existência, não havendo qualquer ação da cedente. E mais: transformando-se a obrigação em natural para impedir que se oponha à adjudicação. Recurso de apelação a que se dá provimento” (TJSP – Ap 0042562-31.2011.8.26.0554, 1-9-2016, Rel. Mauro Conti Machado).

5 “Agravado de instrumento – Embargos de terceiro – Decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela para a liberação de transferência dos veículos para o nome da agravante. Acerto. Questão que envolve **herança vacante**, sendo necessária a regular tramitação processual para a elucidação da controvérsia. Municipalidade que manifestou oposição aos embargos de terceiro. Por ora, a manutenção do bloqueio de transferência dos veículos se mostra adequada. Providência que denota cautela do MM. Juiz ‘a quo’. Agravo desprovido” (TJSP – AI 2123517-52.2016.8.26.0000, 11-8-2016, Rel. Natan Zelinski de Arruda).

“**Herança jacente**. Usucapião especial urbano. Posse comprovada. Art. 183 Constituição Federal de 1988. Cumprimento do requisito. Direito civil e constitucional – Usucapião especial urbano – Posse devidamente comprovada durante o lapso de cinco anos – A herança, enquanto jacente, não integra o patrimônio público, passando a este apenas quando do ato de arrecadação e declaração de vacância – Desprovido – 1 – Recurso do Município do Rio de Janeiro contra sentença de procedência em ação de usucapião especial urbana, no

qual sustenta que o imóvel objeto compõe acervo jacente, portanto, bem público insuscetível de ser usucapido, ainda que na ausência de declaração de vacância. 2 – Hipótese que se restringe à demonstração da posse durante o lapso de cinco anos, no período compreendido entre a morte do titular do domínio e a arrecadação do imóvel pelo Município, momento a partir do qual o bem passaria ao domínio público. 3 – Apelada que já residia com o titular do domínio quando da morte deste, havida em 1990, permanecendo no imóvel até a arrecadação e declaração de vacância, fato que se deu em 2000, portanto, por demais satisfeito o requisito temporal exigido pela CR . 4 – A herança, enquanto jacente, não integra o patrimônio público, passando a este apenas quando do ato de arrecadação e declaração de vacância. 5 – Apelo improvido” (TJRJ – Acórdão 0065334-66.2006.8.19.0001, 23-8-2012, Rel. Des. Adolpho Andrade Mello).

6 “**Declaração de ausência.** Sucessão definitiva. Possibilidade. Prazo quinquenal. Aplicabilidade. Agravo de instrumento – Direito civil – Direito de sucessões – Ausência – Decretação – Requerimento de sucessão definitiva – Possibilidade – Ausente que contaria com 115 anos atualmente – Aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 1167, III, do CPC – A abertura da sucessão provisória conduz à curadoria o patrimônio do ausente, não produzindo efeitos de ordem pessoal, o que impõe a arrecadação dos bens, com a nomeação de curador, na forma do art. 1.160 do CPC. Não por outro motivo o procedimento segue as regras da arrecadação da herança jacente, com a publicação de editais, durante um ano, certo de que a curadoria do ausente pressupõe um estado transitório que pode cessar a qualquer momento, com o retorno deste ou com a confirmação de sua morte. Decisão que se reforma. Provimento do recurso” (TJRJ – AI 0040821-61.2011.8.19.0000, 29-3-2012, Rel. Des. Maldonado de Carvalho).

**INVENTÁRIOS E ARROLAMENTOS.
PROCESSO. PETIÇÃO DE HERANÇA**

**6.1 INVENTÁRIO E PARTILHA. JUDICIALIDADE E EXTRAJUDICIALIDADE
DO INVENTÁRIO. LEI Nº 11.441/07. QUESTÕES DE ALTA INDAGAÇÃO**

1.1.1 Inventário e Partilha Extrajudicial. Aspectos do Inventário Judicial

6.2 DISPENSA DO PROCESSO DE INVENTÁRIO. ALVARÁS

6.3 INVENTÁRIO NEGATIVO

6.4 LEGITIMIDADE PARA REQUERER O INVENTÁRIO. PRAZOS

6.5 FORO DO INVENTÁRIO

6.6 QUESTÕES RELATIVAS À INVENTARIANÇA

6.7 PRIMEIRAS DECLARAÇÕES

6.8 CITAÇÕES NO INVENTÁRIO

6.9 FASE DAS IMPUGNAÇÕES NO INVENTÁRIO

6.10 FASE DE AVALIAÇÃO E CÁLCULO DO IMPOSTO. ÚLTIMAS DECLARAÇÕES

6.11 IMPOSTO

6.13 PETIÇÃO DE HERANÇA



VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Se a pessoa falecer sem testamento (*ab intestato*), a lei determinará a ordem pela qual serão chamados os herdeiros: a ordem de vocação hereditária. Tal ordem, no Código de 2002, vem estabelecida no art. 1.829:

“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.”

A posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária do mais recente diploma é nova, com relação ao art. 1.603 do Código anterior: *“serão chamados, pela ordem, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau e, por fim, o Estado”*.

Adverta-se, de plano, que a referência ao art. 1.640, parágrafo único constante do inciso I do art. 1.829 está incorreta. A menção correta é a do art. 1.641, que descreve as hipóteses de casamento sob regime de separação obrigatória de bens. O Projeto nº 6.960 tenta corrigir a distorção, motivada pelo açodamento de última hora na aprovação do Código.

A regra geral estabelecida no ordenamento é que os mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, havendo descendentes do falecido, não serão chamados os ascendentes, e assim por diante. Tal regra veio a sofrer algumas exceções, com leis posteriores ao Código de 1916, como veremos. O atual diploma civil introduz a posição de vocação hereditária concorrente do cônjuge em propriedade, juntamente com os descendentes sob determinadas condições e juntamente com os ascendentes. No sistema anterior, como descreveremos, o cônjuge supérstite poderia concorrer em usufruto com outros herdeiros.

A ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o

legislador presume que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança. No mundo contemporâneo, o conceito de família deve ser revisto. Há tendência de o âmbito familiar ficar cada vez mais restrito a pais e filhos, sendo bastante tênues, de modo geral, os vínculos com os colaterais. Por outro lado, o próprio legislador vem dando guarida às ligações estáveis sem casamento, com reflexos no campo patrimonial, como faz o Código Civil de 2002.

O testamento serve precipuamente para o autor da herança alterar a vontade do legislador. Coexistem, pois, as duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária.

Há herdeiros ditos necessários: os que não podem ser afastados totalmente da sucessão. São, na lei de 1916, os descendentes e ascendentes (art. 1.721). No Código de 2002, atendendo aos reclamos sociais, o cônjuge também está colocado como herdeiro necessário, quando herdeiro for considerado (art. 1.845). Havendo essas classes de herdeiros, fica-lhes assegurada, ao menos, metade dos bens da herança. É o que se denomina *legítima* dos herdeiros necessários. A outra metade fica livre para o testador dispor como lhe aprouver.

Assim, o testador estatui herdeiros testamentários, ao lhes atribuir uma porção fracionária ou percentual da herança, ou legatários, ao lhes atribuir bens certos e determinados do patrimônio. O herdeiro é sucessor universal, quer provenha da ordem legal, quer provenha da vontade do testador. O legatário é sucessor singular, e só virá a existir por meio do testamento.

Historicamente, há dúvidas acerca das origens das duas formas de sucessão. Tudo indica que o testamento já era conhecido desde os primórdios de Roma, que tivesse sido conhecido muito antes da Lei das XII Tábuas, que o admite. Contudo, nessa época, o ato de última vontade não é uma prática constante, já que é solene, feito perante a assembleia popular (May, 1932:518). Após a Lei das XII Tábuas é que a utilização do testamento se generaliza. Tudo leva a crer haver predomínio do testamento em Roma, sobre a ordem de vocação. Arangio-Ruiz (1973:574) conclui por essa afirmativa, levando em conta o sistema de obras doutrinárias, que o testamento ocupa lugar proeminente e até mesmo desproporcionado na visão do jurista moderno. Acrescenta o autor que tal conclusão mais se acentua com a regra característica romana, que exclui a concorrência da vocação testamentária com a legítima sobre a mesma herança: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Isso fazia com que o sucessor, mesmo sendo aquinhado em apenas parte da herança no testamento, a recebesse por inteiro, não sendo beneficiado o herdeiro legítimo.

Se, por um lado, havia um predomínio da sucessão testamentária em Roma, em detrimento da sucessão legal, segundo alguns autores, por outro lado, parece exagerado dizer que era infamante, para o romano, falecer *ab intestato*. Como afirma Eugene Petit (1970:668), o que era mais desonroso era não deixar herdeiro nenhum. Como o herdeiro era principalmente um sucessor no culto familiar, os romanos cuidavam de não morrer sem sucessor.

Levemos em conta, outrossim, que o predomínio da sucessão testamentária não ocorre em todo o

sistema romano. Há muitas regras que atribuem a herança do pai ao filho, sendo que a chamada de estranhos à sucessão representa uma derrogação da regra geral (Arangio-Ruiz, 1973:575).

Muitas vezes a sucessão hereditária representava mais um ônus do que um benefício, uma vez que o herdeiro, qualquer que fosse sua origem, não recebia apenas as coisas corpóreas da herança, mas também sucedia o *de cuius* em todas as relações jurídicas, ativa e passivamente, tanto em nível de relações jurídicas propriamente ditas, como de relações religiosas; ambos os aspectos intimamente ligados na época. Destarte, o sucessor tornava-se responsável também perante os credores do espólio. A única forma que tinha o herdeiro para safar-se dessa responsabilidade era a renúncia da herança. Tal renúncia, porém, só era possível aos colaterais e aos estranhos instituídos herdeiros, não sendo admitida aos herdeiros descendentes e aos escravos do morto, *investidos indissoluvelmente na herança desde o dia de sua morte* (Arangio-Ruiz, 1973:576).

Como já lembrado, a herança seguia a linha masculina, pois cabia ao sucessor do sexo masculino continuar o culto e a religião doméstica. A ordem de vocação chamava em primeiro lugar os herdeiros que, por ocasião da morte, estivessem sob o pátrio poder. Em sua falta, eram chamados os *agnados* e os *gentiles*, isto é, os membros da mesma família ou pertencentes à mesma “gens”, que possuíam o mesmo nome de origem.

Firmava-se desde então o princípio pelo qual os herdeiros mais próximos excluem os mais remotos. Posteriormente, o direito pretoriano passou a contemplar os *cognatos* (parentes consanguíneos), mas não sob a forma de herança propriamente dita, mas sob o instrumento da *bonorumpossessio* (posse dos bens). A jurisprudência, portanto, possibilitou o acesso à herança dos filhos emancipados, ou adotados, das filhas casadas, dos colaterais consanguíneos e do cônjuge. Com Justiniano desaparece qualquer diferença entre *agnados* e *cognados*.

No direito atual, entre nós, a herança atinge os colaterais de quarto grau, na ordem legal desde o Decreto-lei nº 9.461/46. Acentua-se a tendência, nas legislações modernas, como faz nosso vigente Código Civil, de limitar o alcance do parentesco para fins legais e de incluir o cônjuge como herdeiro necessário.

A vocação dos herdeiros faz-se por *classes* (descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais e Estado). Portanto, cada inciso do art. 1.829 refere-se a uma classe de herdeiros. Note que no corrente diploma foi estabelecida a herança concorrente do cônjuge com descendentes e ascendentes.

A chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, isto é, só serão chamados os ascendentes na ausência de descendentes, só será chamado o cônjuge sobrevivente isoladamente, na ausência de ascendentes, e assim por diante.¹

A regra geral é que, existindo herdeiros de uma classe, ficam afastados os das classes subsequentes. Se isso não sofria exceção à época da promulgação do Código de 1916, tal já não era mais verdadeiro mais recentemente, tendo em vista que o cônjuge podia concorrer com herdeiros das classes anteriores,

por força de modificações introduzidas pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), como veremos.

No âmbito do direito internacional privado, dispõe a vigente LICC, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376, de 30-12-2010 (art. 10): “*A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.*” O § 1º desse artigo acrescenta:

“a vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio”.

Procura a lei brasileira proteger a família de nacionalidade brasileira. A regra também é constitucional (art. 5º, XXXI). Note-se, ainda, que o art. 17 do Decreto-lei nº 3.200/41, com alteração do Decreto-lei nº 5.187/43, estabeleceu sucessão do cônjuge sobrevivente em usufruto se o casamento for com cônjuge estrangeiro em regime que exclua a comunhão parcial, sendo da quarta parte da herança, se houver filhos brasileiros do casal ou do outro consorte e da metade, se não houver.

A lei, ao colocar os descendentes em primeiro lugar na sucessão, segue uma ordem natural e afetiva. Normalmente, os vínculos afetivos com os descendentes são maiores, sendo eles a geração mais jovem à época da morte. Na classe dos descendentes, há o direito de representação, que funciona como uma forma de igualar a atribuição da herança às estirpes existentes (descendentes de cada filho do morto), como veremos. A posição do cônjuge, concorrendo com os descendentes, em determinadas situações no Código de 2002, em dispositivo de lamentável redação, será aqui analisada.

Como apontamos no tomo dedicado ao Direito de Família, foi longa a evolução legislativa no tocante à sucessão dos filhos ilegítimos e adotivos.

O termo final de totalização dos direitos dos filhos veio unicamente com a atual Constituição. Estatui o dispositivo sob exame: “*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”. Muito teve que esperar a sociedade brasileira para atingir esse estágio.

Inicialmente, a redação original do Código Civil anterior fez distinção na sucessão dos descendentes legítimos, de um lado, sempre com todos os direitos, e os filhos naturais e adotivos de outro. De acordo com a regra do art. 1.605, equiparavam-se os filhos legítimos, os legitimados e os adotivos de casais que não tinham filhos. Pelo sistema do Código de 1916, os filhos adulterinos e os incestuosos, não podendo ser reconhecidos (art. 358), não tinham direito sucessório algum. Os filhos naturais, portanto, os concebidos antes do casamento, tinham direito à metade do que coubesse ao filho

legítimo. Como se vê, o Código anterior, apesar de surgir com a abertura do século XX, muito cedo se mostrou anacrônico, fazendo uma restrição odiosa entre as várias categorias de filhos. A discriminação absoluta com relação aos adúlteros e incestuosos colocava-os como se tivessem alguma responsabilidade por terem assim sido concebidos; eram indivíduos absolutamente à margem da família. Só poderiam ser beneficiados hereditariamente por testamento.

Entendeu o legislador do início do século passado que a introdução de um descendente espúrio, ou simplesmente estranho, no seio da família, ainda que concebido antes do matrimônio, no estado de solteiro do marido (hipótese para qual se dirigia a lei), traria um fator de desconforto ao casal e ao corpo familiar, um ponto de dissensões e desavenças. Daí por que o filho natural, como um ser intruso, não tinha o mesmo direito hereditário. Na origem do Código de 1916, nem havia que se pensar em algum direito sucessório ao filho adúltero ou ao incestuoso, que recebiam verdadeira pena sem delito.

À medida que a sociedade brasileira foi despindo-se dos preconceitos e atentando mais para uma realidade social e nossa inescandível origem histórica, foram surgindo, na lei, princípios tendentes a minimizar a situação de inferioridade e a distinção quanto à origem das proles.

Contudo, como já afirmamos, só com a atual Constituição é que, definitivamente, e em estágio final, não mais se distinguem direitos de acordo com a origem da filiação. Esse estágio legislativo recebeu a chancela final com o mais recente Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13-7-90), bem como com o atual Código Civil.

O fato é que já a Constituição de 1937, no art. 126, estabeleceu igualdade de direitos entre os filhos legítimos e os naturais, sem ressalva alguma. Discutiu-se na época, como ocorreu com muitos dispositivos da Constituição atual, se essa disposição era autoaplicável, revogando ou não o art. 1.605, § 1º, do Código Civil. Deixemos a discussão de lado, agora, mencionando o fato apenas como uma referência histórica. No entanto, até então nada se fizera em prol dos direitos dos filhos espúrios, isto é, os adúlteros e incestuosos.

Um grande marco na legislação de direito de família no país foi, sem dúvida, a Lei nº 883, de 21-10-49. Permitiu esse diploma que o filho adúltero, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, pudesse ser reconhecido, ou demandasse seu reconhecimento. O filho reconhecido na forma dessa lei recebia a metade do que coubesse aos filhos legítimos. A lei dizia que o filho nessa situação jurídica receberia a metade do que coubesse aos outros filhos a título de “*amparo social*”, evitando falar em herança. De qualquer forma, a existência de um filho adúltero reconhecido, na ausência de outros descendentes na herança, arredava as outras classes de herdeiros (a não ser o cônjuge, no caso do art. 3º dessa lei, como veremos).

A Lei do Divórcio extinguiu a diferença, dando nova redação ao art. 2º da Lei, atribuindo igualdade de direitos.

Mesmo perante a peremptoriedade da nova redação do art. 2º da Lei nº 883, “*qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições*”, autores continuaram entendendo que a igualdade de direitos beneficiava tão só os adúlteros, ficando de fora os

incestuosos. Entendeu-se que tal redação se inseria em lei que alterara o art. 358 do Código Civil, impossibilitando-se reconhecimento do incestuoso. Não parece ter sido essa, contudo, a intenção do legislador da Lei do Divórcio.

Quanto à *filiação adotiva*, também havia diferenças. Embora o art. 1.605 equiparasse os filhos adotivos aos filhos legítimos, o § 2º desse artigo dizia que os adotivos receberiam metade da herança, se concorressem com filhos supervenientes à adoção. A adoção era dirigida aos casais sem filhos. O legislador visou proteger a prole de sangue, caso esta viesse a existir. Outras questões de direito intertemporal podem aflorar no tocante aos filhos adotivos, tendo em vista as várias espécies de adoção até recentemente existentes.

Todavia, o art. 227, § 6º, da Constituição é expresso em atribuir igualdade de direitos aos filhos por adoção. E o atual Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma única forma de adoção, que iguala o filho adotivo ao filho legítimo. Desaparece a distinção entre adoção plena e adoção restrita. Ficou regida pelo Código Civil de 1916 tão só a adoção de pessoas maiores e capazes, de alcance praticamente inexistente (nesse caso, também se aplica o princípio constitucional). O presente Código amolda a adoção, em síntese, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, como estudamos no tomo do Direito de Família. As dúvidas ficarão por conta da lei aplicável à época da morte, que rege a capacidade para suceder (inclusive no tocante às modificações introduzidas no Código de 1916 pela Lei nº 3.133/57).

Como bem lembra Sílvio Rodrigues (1978, v. 7:7), os direitos são adquiridos quando da abertura da sucessão, e a nova lei não pode afetar o direito já adquirido.² Observe que a regra do art. 377 do Código Civil antigo, com a redação dada pela Lei nº 3.133/57, “*quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária*”, dizia respeito apenas àquelas adoções por quem já tinha filhos. O legislador não desejou prejudicar a prole legítima. Se não houvesse filhos, mas estes nascessem após a adoção, a regra era aquela já mencionada do art. 1.605 (o adotado receberia metade da herança do irmão, filho sanguíneo). O mestre Sílvio Rodrigues (1978, v. 7:81) sempre se bateu por tal interpretação, e com toda razão. Tudo isso era válido para a adoção restrita, uma vez que a adoção plena (cujos princípios eram da anterior legitimação adotiva) desvinculava totalmente o adotivo da família originária, a exemplo da adoção agora em vigor.

Observamos ainda que, embora os requisitos para a adoção de maiores e capazes continuassem sendo os do Código Civil de 1916, como a Constituição iguala todos os direitos, não temos de negar que assim também devem ser vistos os direitos sucessórios. No entanto, para esses casos não existe a regulamentação específica da lei dos menores. Dúvidas existirão acerca da aplicação das antigas regras nesses casos. Parece-nos que não foi intenção do legislador distinguir, nem houve intenção de proibir adoções de pessoas maiores e capazes, tema que deve ser estudado no campo do direito de família. Com o mais moderno Código, deixam de existir dúvidas, pois a adoção de menores e maiores é contemplada no mesmo capítulo do vigente diploma. Como expusemos no estudo do direito de família, parece-nos ser de suma inconveniência a manutenção da possibilidade de adoção de pessoas maiores e capazes.

Estando os adotivos equiparados e desvinculando-se da família originária, existe reciprocidade de

direitos sucessórios, entre ascendentes e descendentes adotivos. É o que deflui dos expressos termos do art. 41, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

“é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”.

Desse modo, estava derogado o art. 1.609 do Código de 1916 (ao menos no tocante às adoções pelo estatuto), pelo qual, na morte do filho adotivo, sem descendência, preferia a herança aos pais sanguíneos. Na falta deles é que herdaria o adotante. A intenção do legislador, no final do século XX, foi fazer desaparecer qualquer vínculo do adotivo com sua família de sangue. Até mesmo qualquer referência à origem do parentesco civil é vedada, afora exceções por requisição judicial. Essa noção foi totalmente absorvida e admitida pelo Código de 2002.

Se existe reciprocidade no vínculo da adoção, com muito maior razão tal reciprocidade é verdadeira no tocante às demais espécies de filiação. Se o descendente sempre herda do ascendente, este também é herdeiro do descendente.

Como foi a Constituição de 1988 que igualou todos os direitos dos filhos, a partir de sua vigência não se distingue mais o direito sucessório de qualquer um deles. As leis que sucedem a Carta Maior nada mais fazem do que regulamentar os princípios ali fixados.

Destarte, a plena igualdade sucessória dos descendentes só ocorre a partir da vigência da Constituição de 1988. As sucessões abertas a partir de sua vigência seguem esses princípios de igualdade. O caminho para atingir o atual estágio, de 1917 até 1988, foi longo, nem sempre acompanhando as alterações de nossa sociedade ocorridas nesse período.

O Projeto nº 6.960 acrescenta à redação do art. 1.835 parágrafo único para se referir ao direito real de habitação ao filho portador de deficiência física que o impossibilite para o trabalho, se não tiver pai ou mãe, quanto ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, enquanto ele permanecer nessa situação de incapacidade. Esse direito já fora adicionado mais recentemente ao ordenamento anterior, de que se olvidou o legislador de 2002.

A regra geral, no chamamento sucessório, como já visto, é que, existindo alguém numa classe de herdeiros, excluem-se as classes subsequentes.

Na mesma classe, os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto: assim, na regra geral, existindo filhos do morto, são eles os chamados, não sendo chamados os netos; na linha ascendente, existindo pai vivo do *de cujus*, ele é o herdeiro, mesmo que ainda viva o avô.³ Contudo, especialmente na linha descendente, pode ocorrer que, por exemplo, sejam chamados a suceder determinados netos, juntamente com os filhos do autor da herança. É o chamado direito de representação,

que ocorre por força do art. 1.851:

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

Assim, 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 (art. 1.835). O que a lei estipula é que, havendo desigualdade de graus de parentesco na linha descendente, a herança pode ser atribuída a herdeiros de dois graus diversos. Por exemplo: o falecido tinha dois filhos, Antônio e Carlos. Quando do falecimento do autor da herança, um de seus filhos já falecera, porém deixara seus próprios filhos, ou seja, os netos, vivos quando da morte do avô. Em nosso exemplo, Antônio já pré-falecera, deixando os netos (seus filhos) do *de cujus*, Pedro Antônio e Marco Antônio. Como o direito de representação se dá na linha reta descendente (art. 1.852) os representantes (netos, em nosso exemplo) vão herdar o quinhão que caberia a seu pai, pré-falecido, repartido por igual entre eles (art. 1.855). Temos aí o que se denomina *herança por direito próprio e herança por representação*. Essa representação diz respeito ao direito que o herdeiro tem de receber o quinhão de seu ascendente (pai ou mãe) pré-morto. Não se confunde com a representação, que atribui a outrem a prática de certos atos em nome do representado, como já estudamos (*Direito civil: parte geral*, Cap. 19). A vontade da lei foi manter o equilíbrio na distribuição da herança entre os herdeiros descendentes. Quem está no grau mais próximo descendente do falecido recebe sua parte da herança por direito próprio, *por cabeça*. Quando há desigualdade de graus, os de graus mais distantes recebem *por estirpe*.⁴

Vejamos o caso do exemplo citado:

HERANÇA

+ Data da morte: 1º-1-2002

1/2 = Antônio (filho premorto) 1/2 = Carlos

1/4 = Pedro Antônio A (netos do autor da herança)

1/4 = Marco Antônio

Os netos, portanto, em segundo grau na linha descendente recebem a porção da herança que caberia a seu pai falecido. Se não houver diversidade de graus, isto é, os descendentes vivos mais próximos estiverem no mesmo grau, não haverá representação: a herança é dividida por cabeça. Assim, se o falecido deixou só netos, não havendo filhos vivos, a herança é dividida pelo número exato de netos, não importando quantos tenham sido os filhos. Se existem quatro netos, sendo três gerados por um dos filhos do falecido e apenas um gerado pelo outro filho, a herança será dividida em quatro partes iguais atribuídas aos quatro netos, não sendo levada em conta sua estirpe.

Com o mesmo raciocínio, na linha descendente, enquanto houver diversidade de graus pela premorte, o quinhão da estirpe vai sendo subdividido. Se, em nosso exemplo, um dos netos também pré-morrera ao *de cujus*, sua parte iria para os bisnetos existentes. A data que fixa a situação da transmissão

hereditária é o dia da morte. Em nosso exemplo, deve ser verificado quem estava vivo em 1º-1-2002. Por outro lado, é claro que, se o filho pré-morto deixou um único filho, este receberá o mesmo que seu pai receberia, já não há com quem dividir. Lembre que, quando se fala em herança *por estirpe*, trata-se de direito de representação. Só existe representação na sucessão legítima. Na sucessão testamentária, não temos de falar nesse direito.⁵ O testador, desejando substituto para seus aquinhoados, pode fazê-lo. No silêncio do testamento, entende-se que o testador não quis que o herdeiro instituído ou legatário fosse substituído. Outras legislações a admitem na sucessão testamentária. Esse direito de representação hereditária ora estudado também existe, de forma mais restrita, na linha colateral, como veremos.

O art. 1.834 do presente Código coroa a igualdade de filiação ao estipular que os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. O texto não está muito claro. Na verdade, os descendentes já são de uma mesma classe. O Projeto nº 6.960 explicitou melhor a intenção do legislador ao acrescentar que os descendentes do mesmo grau, qualquer que seja a origem do parentesco, têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

Na realidade, o termo *representação* não nos dá a ideia exata do instituto. O dito representante herda por si mesmo, em seu nome, porque a lei lhe faz a vocação hereditária. Não se pode dizer que seja uma sucessão indireta: tanto o que herda por cabeça quanto o que herda por estirpe, o fazem diretamente do falecido.

Esse abrandamento que a lei faz ao princípio de exclusão dos herdeiros mais remotos tem, sem dúvida, um alto cunho moral, ou seja, o de equilibrar a distribuição da herança entre os descendentes, presumivelmente ligados pela mesma afetividade ao *de cuius*. O fundamento é, em síntese, o do direito sucessório em geral. Há uma vontade presumida do falecido na sucessão legítima, e a representação insere-se nesse mesmo diapasão.

A representação foi criada, já no Direito Romano, para reparar parte do mal sofrido pela morte prematura dos pais. Não se trata de ficção legal, como defende Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (1987:102). É um direito fixado pela lei que poderia tê-lo ampliado ou excluído, pois há legislações em que é mais amplo, permitido até na sucessão testamentária. O Código francês a define como uma ficção.

Do que foi visto podemos deduzir os requisitos do instituto. Em primeiro lugar, o representante (sucessoriamente considerado) só terá a condição de herdeiro se o seu ascendente imediatamente anterior houver falecido antes do transmitente da herança. Não se representa pessoa viva. A única exceção é o caso de exclusão do ascendente por *indignidade* (art. 1.599). A pena de indignidade considera o excluído da sucessão como se morto fosse. Seus descendentes o sucedem, porque a pena é individual e não se pode transmitir. Trata-se de evidente sobrevivência do instituto da morte civil do direito intermédio.

Não é o que ocorre na renúncia da herança, quando o herdeiro é considerado como se não tivesse existido. Não se representa herdeiro renunciante, a não ser que ele seja o único de sua classe, ou se todos da mesma classe renunciarem, quando os respectivos filhos serão chamados, por direito próprio e por cabeça (art. 1.811).

Em segundo lugar, o representante, por sua vez, não está inibido de herdar unicamente por indignidade com relação ao ascendente que representa. Não só com relação ao pai que representa, como também com relação ao avô, que é o *de cujus* da herança tratada. Como o representante recebe a herança diretamente do avô, será tão contra o direito a tentativa de homicídio contra o avô, como contra o pai pré-morto. Entendíamos, sob o enfoque do Código revogado, que o alcance dos casos de indignidade não admitia outro entendimento, ao contrário do que sustentam nossos autores (Rodrigues, 1978, v. 7:95; Monteiro, 1977, v. 6:96). Tanto se podia afastar, por meio da ação judicial necessária, o herdeiro representante num como noutro caso. Seria imoral que o neto, tendo atentado contra a vida do pai, viesse a receber a herança do avô, em razão da premorte do pai. Tal interpretação não contraria o espírito do art. 1.814, antes com ele harmoniza-se. É a essa mesma conclusão que chega Guillermo A. Borda (1987, v. 2:27), examinando o direito argentino, cujas disposições são semelhantes. Note que o art. 1.814 do corrente Código ampliou o alcance da indignidade, reportando-se ao homicídio ou tentativa com relação ao cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, o que reforça nosso entendimento e dissipa dúvidas.

Caio Mário da Silva Pereira (1984, v. 6:79) entende que também é idêntica a situação do *deserdado*. Embora a lei não fale, afirma o autor, os filhos do deserdado não podem ser prejudicados pela pena imposta aos pais. Contudo, quer-nos parecer que a situação aí é diversa. Como nossa lei não prevê a representação na sucessão testamentária, não pode haver representação na deserdação, que só ocorre por testamento. Para essa conclusão há necessidade de disposição legal expressa, que muitos defendem como cabível. Como já apontamos, o testador, ao fixar uma deserdação, pode dispor acerca de substituições. Fora daí, não há como defender, por ora, a hipótese.

Por fim, recorde que a representação é feita sempre se buscando o descendente de grau imediatamente seguinte na descendência, sem que se salte qualquer grau. Desse modo, o bisneto nunca será chamado a suceder, se seu pai, neto, for vivo e legitimado a receber a herança.

O quinhão que caberia ao pré-morto será dividido entre os que o representam. Nem mais nem menos. A herança só sofre maior divisão (se for mais de um representante), porém, nada mais se altera (arts. 1.854 e 1.855). A divisão é feita por estirpes. Por outro lado, nada impede que o renunciante da herança de uma pessoa a represente em outra (art. 1.856). Assim, se o filho renunciou à herança do pai, pode representá-lo na do avô. Como a quota do pré-morto é distribuída por estirpe, se algum herdeiro dessa estirpe renuncia à herança, a parte renunciada só acresce à parte dos herdeiros do mesmo ramo, isto é, três netos representam o pai. Um dos netos renuncia. A quota dessa estirpe fica dividida entre os

outros dois netos que não renunciaram. Não se acresce, com essa renúncia, o monte-mor geral, isto é, a parte desse renunciante não vai para os que recebem por direito próprio, nem para a representação de outro herdeiro pré-morto. Como o representante é sucessor do autor da herança, existe uma única transmissão patrimonial. Há um único imposto devido.

Não existindo descendentes, em qualquer grau, são chamados a suceder os ascendentes. A partir da vigência do Código de 2002, os ascendentes são chamados a concorrer na herança juntamente com o cônjuge supérstite (art. 1.829, II). Não há representação para os ascendentes. O mais próximo exclui o mais remoto. Vivo um dos progenitores do morto, recebe ele a herança, com exclusão dos avós. Vivos ambos os pais, a herança caberá a eles. Os ascendentes são herdeiros por direito próprio (Monteiro, 1977, v. 6:85).

No tocante ao cônjuge, sua herança será de um terço da universalidade se concorrer com ascendente de primeiro grau, sendo a metade se concorrer com um só ascendente, ou se maior for o grau (art. 1.837). Assim, de acordo com o atual Código, a herança será dividida em três partes iguais se o cônjuge sobrevivente concorrer com sogro e sogra. Se houver apenas o sogro ou a sogra vivo ou se os herdeiros ascendentes forem de grau mais distante, o cônjuge receberá sempre a metade da herança. Como se nota, não somente o cônjuge foi colocado como herdeiro necessário no presente diploma, como sua situação sucessória foi sensivelmente melhorada. Advirta-se que a situação não se aplica à união estável, que possui regra própria, como veremos.

Se nenhum dos pais estiver vivo ou legitimado a receber a herança, esta se divide em duas linhas, paterna e materna (art. 1.836, § 2º: “*Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna*”; antigo, art. 1.608: “*Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança partir-se-á entre as duas linhas meio pelo meio*”). Não se esqueça, contudo, de que nesse caso metade da herança será do cônjuge como apontado. Após assegurada essa metade, aplicar-se-á o disposto no art. 1.836, § 2º.

Assim, se presente uma única linha (avós paternos, por exemplo), a herança será conferida a ela, assegurando-se a parcela do cônjuge sobrevivente. Havendo, por exemplo, um avô paterno e dois avós maternos, deduzida a metade do cônjuge, o restante da herança é dividido novamente ao meio, para o avô paterno e para os dois outros avós. A mesma regra será seguida se existirem ascendentes mais distantes. A divisão por linha só opera uma única vez.

O ascendente sempre será herdeiro do descendente, quando a recíproca for verdadeira. No sistema anterior à atual Constituição, a reciprocidade tem que ser examinada em cada caso. Para que a filiação opere no regime sucessório, há necessidade de seu prévio reconhecimento legal. Há situações, criadas por legislação posterior ao Código de 1916, em que os ascendentes (assim como os descendentes) concorrerão na herança com o cônjuge, como a seguir veremos.

O cônjuge vinha, no direito anterior, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Não era herdeiro necessário e podia, pois, ser afastado da sucessão pela via testamentária.

No Direito Romano, não havia propriamente sucessão do cônjuge, já que a transmissão se efetuava pela linha masculina. Apenas na última fase do Direito Romano, já com Justiniano, é que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com filhos.

No direito anterior ao Código de 1916, o cônjuge sobrevivente estava colocado em quarto grau na escala hereditária, após os colaterais de décimo grau. Tornava-se praticamente inviável a sucessão do viúvo ou viúva. Apenas em 1907, com a chamada “Lei Feliciano Pena”, Lei nº 1.839, é que o supérstite passou a herdar em terceiro lugar.

No Código de 1916, o cônjuge herdava na ausência de descendentes ou ascendentes e desde que não estivessem separados. A dissolução da sociedade conjugal excluía o cônjuge da vocação sucessória (art. 1.611). A separação de fato não o excluía. Tal exclusão só ocorreria com sentença de separação, ou de divórcio, com trânsito em julgado. Até aí o cônjuge seria herdeiro. Separação de fato, ainda que por tempo razoável, não bastava para que o cônjuge saísse da linha sucessória. A existência de união estável no sistema de 1916 não transformava o companheiro ou companheira em herdeiro. Podia a união estável ou o concubinato gerar efeitos patrimoniais em seu desfazimento, mas não a título de herança. Leis mais recentes e o Código de 2002 fizeram com que o companheiro viesse a participar da herança (art. 1.790), como veremos.

Na anulação do casamento, o cônjuge, estando de boa-fé, reconhecida a putatividade, não perde a condição de herdeiro (art. 1.561). A putatividade depende de decisão judicial.

A **meação** do cônjuge, como já acenado, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A existência de meação, bem como do seu montante, dependerá do regime de bens do casamento. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. Na comunhão universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão de aquestos, dividir-se-ão pela metade os bens adquiridos na constância do casamento. Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Os regimes de bens pertencem ao direito de família, em cujo tomo foram examinados.

Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. O que se inserirá na

porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso.

Como meação não se confunde com herança, se o sobrevivente do casal desejar atribuí-la a herdeiros, tal atribuição se constitui num negócio jurídico entre vivos. Não existe, na verdade, uma renúncia à meação. O que se faz é uma transmissão aos herdeiros do *de cuius*, ou a terceiros. Embora exista quem defenda o contrário, tal transmissão requer escritura pública, se tiver imóvel como objeto, não podendo ocorrer por termo nos autos do inventário, porque ali só se permite a *renúncia da herança*, como também requer escritura a cessão de direitos hereditários feita pelos herdeiros. Transmissão entre vivos que é, sobre ela incide o respectivo imposto. Não há nenhum tributo, é óbvio, se o cônjuge mantém sua meação, que se individualiza na partilha.

A doutrina sempre defendeu a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, posição que veio a ser conquistada com o Código de 2002, embora sob condições. Isso porque, no caso de separação de bens, o viúvo ou a viúva poderiam não ter patrimônio próprio, para lhes garantir a sobrevivência.

A Lei nº 4.121/62, Estatuto da Mulher Casada, justamente para proteger essa situação, instituiu o direito à herança concorrente de usufruto para o cônjuge sobrevivente, na redação do art. 1.611, § 1º:

“o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cuius”.

A exemplo de direitos estrangeiros, a lei criou uma herança concorrente, em usufruto, do cônjuge, com os descendentes ou ascendentes. A intenção da lei foi proteger a mulher (mas a situação se aplica a ambos os cônjuges) que, sem patrimônio próprio suficiente, poderia, talvez até em idade avançada, não ter meios de subsistência. A situação se aplicava nos casamentos que não sob o regime de comunhão universal. Pela dicção da lei, não havia dúvida de que isso se aplica também ao regime de comunhão parcial, colocado pela Lei do Divórcio como regime legal (aquele que se aplica na ausência de pacto antenupcial). Contudo, na comunhão dos aquestos, a mulher pode receber bens suficientes para subsistência, em razão da meação. Pergunta-se: mesmo assim, se aplicava o sistema de usufruto? Houve tendência de julgados em restringir o alcance do dispositivo acerca desse usufruto, se o cônjuge permanecesse com meios de subsistência. Ou porque fora ele contemplado em testamento, ou porque tinha bens suficientes, ou sob o argumento de que tal usufruto não podia afetar a legítima dos herdeiros necessários. Sílvio Rodrigues (1978, v. 7:86), que sempre atuou no foro nesse campo, atesta esse direcionamento dos Tribunais. No entanto, levando-se ainda em conta que a Lei do Divórcio alterou inúmeras disposições do Código de 1916, mas nada fez aqui, como com toda propriedade, conclui o

aclamado autor que (1978, v. 7:86)

“o único pressuposto para que se cristalize aquele direito é o de ser o regime de bens outro que não o da comunhão. Para o legislador é indiferente a circunstância do sobrevivente precisar ou não de amparo, embora, como foi dito, seja o propósito de amparo que o tenha inspirado”.

A herança concorrente de duas classes de herdeiros existe em outras legislações, como a italiana, no caso específico do cônjuge. O mais recente Código contemplou-a também. Não se leva em conta a legítima, pois o direito de usufruto com ela não se confunde. A questão passa a ser de acomodar a partilha, de modo que o usufruto seja o mais cômodo e eficaz possível tanto para o cônjuge quanto para os herdeiros concorrentes em propriedade plena, descendentes ou ascendentes.

No entanto, não resta dúvida de que, tendo em vista o regime legal mais recente ser o da comunhão parcial, na grande maioria dos casos, todo o patrimônio do casal, ou grande parte, terá sido adquirido na constância do casamento. Existindo meação quase que idêntica, senão idêntica de fato, à comunhão universal, somos tentados a afirmar que se esvai o intuito protetivo do legislador, porque a mulher tem metade dos bens da sociedade conjugal, em propriedade. O usufruto se mostraria como um plus injustificável e um ponto de discórdia com os demais herdeiros. Contudo, a matéria não deixou de ser controvertida no passado e perderá importância à medida que as novas sucessões forem reguladas pelo atual Código. É a prudência do julgador que orientará o caso concreto, em consonância com a finalidade da lei.

Outra proteção conferida ao cônjuge viúvo, pelo mesmo Estatuto da Mulher Casada, foi o *direito real de habitação* estampado no § 2º do mesmo art. 1.611 do Código de 1916:

“ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”.

O intuito foi assegurar um teto ao viúvo ou viúva, se houver um único imóvel residencial na herança. Poderiam os herdeiros, na ausência desse dispositivo, não só entrar na posse direta do bem, como aliená-lo, deixando o pai ou a mãe ao desabrigo. A lei não se importou com o montante da herança. Há o direito de habitação, desde que haja um único bem residencial e seja ele destinado à residência da família. Entende-se que o supérstite deva residir nele só ou com outras pessoas da família. Tal direito só se extingue com a morte do cônjuge, ou quando sobrevier novo casamento. É claro que eventual fraude, como, por exemplo, uma relação concubinária que evite o casamento, para não perder o benefício legal, pode inibir o direito. Contudo, a lei não é criada para ser fraudada. O desvio de finalidade da norma deve ser analisado em cada caso. Parece-nos que, também no tocante ao direito real de habitação, a Lei do Divórcio devia forçar uma nova interpretação. Essa lei alterou, como vimos, o art. 258 do antigo Código. No silêncio dos nubentes, isto é, na ausência de pacto, o regime de bens é o da comunhão parcial. Será razoável a interpretação literal da lei, após tal modificação, de que só terá direito de

habitação quem, casando-se após a Lei nº 6.515/77, tenha feito pacto antenupcial em que opte pela comunhão universal? Creio que essa interpretação leva a iniquidades. Normalmente, os jovens casais não veem necessidade nenhuma de pacto nupcial, porque seu patrimônio será construído na vida em comum. No falecimento de um dos consortes, é justo que não se conceda o direito real de habitação, na forma instituída pelo Estatuto da Mulher Casada, ao único imóvel residencial do casal, só porque adotaram o regime legal? Não cremos que esta interpretação atenda às finalidades do dispositivo. A viúva ou viúvo, mesmo na comunhão de aquestos, mormente quando o imóvel residencial foi adquirido na constância do casamento, deve ter o direito de habitar o imóvel até o fim de seus dias. De qualquer modo, o legislador deveria ter-se preocupado em alterar o dispositivo, para espancar dúvidas de seu verdadeiro alcance, evitando que os julgadores sejam obrigados a prender-se a interpretações excessivamente contingenciais. Para reforçar esse entendimento, é interessante notar que o Código Civil de 2002 confere o mesmo direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, “qualquer que seja o regime de bens” (art. 1.831). Desse modo, se é espancada a dúvida na nova lei, tal reforça também nosso entendimento no sistema legal anterior, por ser, evidentemente, o mais justo. Esse art. 1.831 também não mais exige que o cônjuge sobrevivente permaneça em estado de viuvez para o gozo desse direito. No entanto, levando em conta razões éticas, o Projeto nº 6.960 dá volta atrás e reinsere o requisito no dispositivo: pelo Projeto, tal como no sistema anterior, o sobrevivente somente terá esse direito real de habitação enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável. Porém, enquanto não aprovado esse projeto ou outro em substituição a esse, fica amplo o direito de habitação que se constitui com a vigência do art. 1.831 tal como foi promulgado.

Como vimos, tanto o usufruto como a habitação conferidos ao cônjuge são direitos sucessórios temporários. Extinguindo-se pela morte ou pelo término do estado de viuvez do sobrevivente, o domínio pleno concentra-se na pessoa dos herdeiros. Tais direitos devem ser descritos na partilha, para constar no registro imobiliário. Interessante notar também que o art. 1.831 do vigente diploma, como enfatizamos, transformou o direito real de habitação em um direito permanente, pois não mais o subordina ao estado de viuvez. Portanto, o novo casamento ou a união estável subsequente do cônjuge supérstite não mais tolherão seu direito real de habitação. Não nos parece a forma mais justa, porque os herdeiros estranhos à nova união são prejudicados. Apenas a morte do cônjuge beneficiado fará extinguir esse direito. A modificação projetada não poderá atingir direitos já constituídos. É necessária uma sistematização legislativa no tocante ao direito sucessório, para adaptá-lo às novas leis, mormente à Lei do Divórcio e àquelas que decorreram da nova Constituição.

De qualquer modo, era mesmo tempo de se colocar o cônjuge como herdeiro necessário. O presente Código assim o faz, embora em redação canhestra, concorrendo o cônjuge com descendentes e ascendentes, em porcentagens diversas, dependendo do grau e do número de herdeiros, o que, talvez, ainda não seja a fórmula ideal.

O cônjuge, como enfatizamos, foi colocado na posição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes (art. 1.845). Desse modo, aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que se denomina legítima (art. 1.846). Quando se trata de herdeiro cônjuge, nunca é demais reiterar que herança não se confunde com meação. Assim, havendo meação, além desta caberá ao sobrevivente, pelo menos, a metade da herança, dependendo da situação, que constitui a porção legítima.

Como já apontamos, o cônjuge está colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, recolhendo a herança integralmente, quando não houver descendentes ou ascendentes do *de cujus*. No entanto, foi atribuída posição mais favorável ao cônjuge no atual Código porque, além de ser herdeiro necessário, poderá ser ele herdeiro concorrente, em propriedade, dependendo do regime de bens, com os descendentes e com os ascendentes, na forma do art. 1.829, I e II.

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!

Conforme o art. 1.829, I, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes se for casado com o falecido no regime de comunhão universal de bens ou no regime de separação obrigatória (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. A redação legal é horrível. Nem sempre essas situações que afastam o sobrevivente da herança concorrente com os descendentes significarão sua proteção, se essa foi, como parece, a intenção do legislador. Certamente haverá oportunidades nas quais a jurisprudência deverá aparar arestas. Esse texto é um dos que merecem ser aprimorados. A intenção do legislador foi tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existir bens decorrentes de meação. Pode ter sido o casamento regido pela comunhão parcial e o morto ter deixado apenas bens particulares de pouco valor. Ainda, não se mostrará justa, em muitas oportunidades, a exclusão do cônjuge da herança nessa hipótese legal, quando o casamento foi realizado sob o regime de separação obrigatória. Muito trabalho terão, sem dúvida, a jurisprudência e a doutrina, sob o prisma desse artigo.⁶

O sentido da lei foi, sem dúvida, proteger o cônjuge, em princípio, quando este nada recebe a título de meação. Assim, quando casado em comunhão de bens, porque o patrimônio é dividido, o cônjuge não será herdeiro em concorrência com os descendentes. No regime de separação obrigatória, tantas vezes referido, o cônjuge também não herda nessa situação, pois haveria, em tese, fraude a esse regime imposto por lei. Tudo leva a crer que, no futuro, a jurisprudência se encarregará de abrandar esse rigor, como no passado, levando em consideração profundas iniquidades no caso concreto. Questão mais complexa é saber da condição de herdeiro ao cônjuge, quando casado sob o regime de comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares. Pode ocorrer que o *de cujus* tenha deixado apenas bens

particulares de ínfimo valor, o que exigirá um cuidado maior do julgador para alcançar o espírito buscado pela nova lei.

A maior dificuldade interpretativa do art. 1.829, I, reside justamente na hipótese do casamento sob o regime de comunhão parcial de bens. Aduz, com toda perspicácia, Eduardo de Oliveira Leite a esse respeito:

“Na comunhão parcial de bens, o legislador cria duas hipóteses de incidência da regra de concorrência. Primeiro (regra geral), o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes, porque já meeiro, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Segunda hipótese, se o autor da herança houver deixado bens particulares, a contrario sensu, da regra geral, conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes” (2003: 219).

Nesta última hipótese, será herdeiro, ainda que exista meação. E conclui o autor:

“Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens) o legislador só abriu possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente tomará sua massa de bens particulares” (loc. cit.).

Assim, nessa conclusão, que parece a mais lógica, somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação nos bens particulares.

No mesmo sentido posiciona-se Euclides de Oliveira:

“Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob regime de comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma que se dá no regime da separação convencional de bens” (2005:108).

Mas essa conclusão a qual aderimos está longe de ser pacífica, pois existe ponderável corrente doutrinária que entende que a concorrência na herança se dará nos bens particulares e nos bens comuns.

Conclui-se do mesmo dispositivo (art. 1.829, I) que não haverá concorrência do cônjuge na separação obrigatória porque não há que se transgredir o regime imposto pela própria lei, embora a jurisprudência possa amainar esse rigor. Perante o regime da comunhão universal, entendeu o legislador que o cônjuge já estará devidamente amparado pela sua meação.

Mas o pior em matéria de dúvida está em outro dispositivo. Assim, quando o cônjuge concorre com descendentes, aplica-se o art. 1.832:

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

A lei faz distinção se essa concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido. Se for ascendente dos herdeiros descendentes, fica--lhe assegurada sempre a quarta parte da herança. Assim, por exemplo, se concorrer com um filho, a herança será dividida ao meio; se concorrer com dois filhos comuns, o cônjuge receberá um terço da herança. Se concorrer com três ou mais filhos comuns, ser-lhe-á assegurada sempre a quarta parte da herança, sendo o restante dividido pelos demais. Esse quinhão do cônjuge será sempre computado conforme o que couber por cabeça (art. 1.835). Assim, o mesmo princípio aplica-se, por exemplo, se o cônjuge concorrer somente com netos, descendentes de filhos já pré-mortos. Veja o que falamos quando tratamos do direito de representação.

Se, porém, o cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes do morto dos quais o sobrevivente não seja ascendente, não há a reserva da quarta parte, sendo a herança dividida em partes iguais com os que recebem por cabeça. Se, porém, concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do *de cujus*, há que se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte em favor do cônjuge. O legislador não foi expresso nessa concorrência híbrida, mas parece ser esse o espírito da lei. A doutrina, no entanto, está longe de chegar a um acordo. Qualquer outra forma de divisão a nosso ver, existindo dois grupos de descendentes, seria ilógica e, em princípio, impossível de ser feita. O que é mais lamentável é que a situação deixada em branco pelo legislador é comuníssima, pois são muitíssimas as sucessões que se abrem com filhos comuns e filhos somente do *de cujus*. Essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável.

Não tendo a lei feito distinção, não cabe ao intérprete distinguir. Essa a noção/ posição que não fica isenta de críticas. São múltiplas as conclusões que podem ensejar dessa situação, em face da desídia do legislador. Assim, podemos enunciar uma parte da complexidade proposta por vários autores, no tocante à concorrência do cônjuge com filhos seus e do morto. Todas as soluções podem ser sustentadas:

- A primeira opinião é que se nos afigura mais sensata e de acordo com a interpretação finalística e ética do Código é assegurar-se sempre a quarta parte da herança ao sobrevivente, quando há filhos dos dois leitos, como expusemos, pois o legislador não fez restrição a esse respeito e procurou proteger o cônjuge sobrevivente com essa quota mínima, em qualquer situação.
- A segunda solução seria entender que, quando houver filhos só do morto e filhos comuns, a herança dividir-se-á em partes iguais, não se assegurando a quarta parte do sobrevivente. Não me parece a melhor solução. De outra forma, não teria o legislador protegido o cônjuge com a existência somente de filhos comuns. Por que a existência de filhos de outro leito prejudicaria o sobrevivente, nesse caso? No entanto há autores de escol que sustentam essa solução. Débora Gozzo, na esteira de Zeno Veloso (2004: 203), perante a omissão da lei, escreve: *“Se o legislador quisesse, poderia ter estabelecido norma para essa situação. Como não o fez, essa parece ser a exegese que mais se coaduna com o ordenamento jurídico, levando-se em conta uma interpretação sistemática dessa hipótese.”* A nosso ver, porém, essa interpretação

sistemática cai por terra perante a interpretação histórica, por tudo que se fez no passado para proteger o cônjuge supérstite e perante a estrutura ética que o Código de 2002 adotou.

- A outra solução aventada seria dividir a herança em dois blocos ou duas metades, antes de atribuir os quinhões. No primeiro bloco, assegurar-se-ia a quarta parte ao cônjuge sobrevivente, para ser feita a divisão com os filhos comuns. No outro bloco, dividir-se-ia o monte por igual com os filhos do morto. Parece que essa situação é absolutamente indesejável e atingiria um resultado matemático complexo não pretendido pela lei.

Como se percebe, a desídia do legislador trouxe insegurança social, que poderia ter sido facilmente evitada, o que possibilitará decisões disparatadas. A mesma situação repete-se com o direito hereditário dos conviventes.

A ilustre Professora Giselda Hironaka (2003:229) faz um apanhado geral dessas hipóteses, esmiuçando os detalhes de cada uma e conclui:

“De qualquer das formas, ao que parece, na ocorrência de uma hipótese real de sucessão de descendentes que pertencessem aos dois distintos grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge sobrevivente, não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo, o que parece reforçar a ideia de que, para evitar uma profusão de inadequadas soluções jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as hipóteses híbridas (como as tenho chamado), evitando o dissabor de soluções e/ou interpretações que corresse exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermenauta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o espírito da norma.”

Na falta de descendentes, o cônjuge concorrerá com os ascendentes, aplicando-se o art. 1.837:

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

Desse modo, concorrendo com sogro e sogra, receberá o cônjuge um terço da herança, que será, portanto, dividida em partes iguais. Se concorrer apenas com o sogro ou com a sogra, ou com os pais destes, independentemente do respectivo número, será sempre assegurada a metade da herança ao supérstite. Veja o que falamos a respeito da sucessão dos ascendentes.

O cônjuge será herdeiro único e universal na falta de descendentes e ascendentes (art. 1.838).

Já nos reportamos ao direito real de habitação a que fará jus o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único dessa natureza a inventariar e sem prejuízo de sua participação na herança (art. 1.831). Esse direito real de habitação, como se vê, se acresce a sua participação na herança sob a modalidade de propriedade.

Dispositivo de curial importância, igualmente complexo, prolixo e mal redigido, é o constante do art. 1.830, que estabelece a legitimidade do cônjuge para suceder:

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

Sem que se reconheça legitimidade ao cônjuge sobrevivente, não se lhe pode atribuir a condição de herdeiro. Como se percebe, o artigo introduz situações de fato que devem ser provadas e poderão trazer discussões no caso concreto.

Se ao tempo da morte estavam os cônjuges judicialmente separados, não há que se falar em sucessão do sobrevivente. O fato é objetivo e comprova-se documentalmente. No entanto, também não haverá direito sucessório do supérstite se estava o casal separado de fato há mais de dois anos. Aqui já se abre margem a infundáveis discussões judiciais, porque pode o *de cuius* ter falecido em união estável, que pode ser reconhecida na separação de fato. A questão será então definir quem será herdeiro; o cônjuge ou o companheiro. Ainda, não bastasse esse aspecto, pode o cônjuge sobrevivente provar que a separação ocorreu porque a convivência se tornara impossível sem sua culpa. Neste ponto, poderão se abrir discussões muito mais profundas que o legislador poderia ter evitado. Aliás, esse dispositivo, em sua totalidade, será um pomo de discórdias, e terá muita importância o trabalho jurisprudencial.

Essa legitimidade do cônjuge, quando depender de prova de situações de fato, culpa pela separação do casal por exemplo, não poderá ser decidida no bojo do inventário, pois será de alta indagação. A questão deve ser versada em ação autônoma, paralisando-se o inventário. Já se pode prever que muito se digladiarão descendentes e cônjuge sobrevivente; cônjuge separado de fato e companheiro de união estável para se atingir a declaração judicial de exclusão ou admissão de herdeiro. Por tudo isso a redação do dispositivo não agrada e certamente os rumos da jurisprudência e da doutrina futuras acenarão com novas diretrizes. Como afirma José Luiz Gavião de Almeida, neste passo o atual Código criou uma zona de conflito entre o cônjuge e seu companheiro (2003:216). Todas essas situações fáticas devem ser evitadas porque trazem absoluta incerteza quanto ao direito hereditário em questão.

Na obra dedicada ao direito de família (Caps. 2 e 18), estudamos o conceito e os direitos dos companheiros na união estável, as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, bem como a celeuma de sua interpretação. No decorrer de toda essa obra, com muita frequência nos reportamos aos direitos dos conviventes. Sem dúvida, essa nova legislação representa uma guinada radical nos direitos em proteção à união estável. A primeira dessas leis foi promulgada sem a devida discussão no Congresso, tendo o Presidente da República a sancionado no último dia de seu mandato. O diploma trouxe inúmeras dúvidas de interpretação. Mesmo com a matéria sendo delineada no atual Código, aguarda-se novidade

legislativa sobre o tema, o qual, espera-se, venha a aplinar as inúmeras dificuldades interpretativas desses diplomas legais.

Até a promulgação da Constituição de 1988, dúvidas não havia de que o companheiro ou companheira não eram herdeiros. A nova Carta reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (art. 226, § 3º, “*devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”). Contudo, em que pesem algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, tal proteção não atribuiu direito sucessório à companheira ou companheiro. Os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos (hoje denominados companheiros ou conviventes), a título de liquidação de uma sociedade de fato (Súmula 380 do STF). De qualquer modo, essa divisão podia interferir na partilha de bens hereditários quando, por exemplo, tivesse havido o chamado concubinato impuro ou adúlterino e o autor da herança falecesse no estado de casado, com eventual separação de fato. Nessa situação, perdurante até a novel legislação, cabia ao juiz separar os bens adquiridos pelo esforço comum dos pertencentes à meação ou herança do cônjuge. Toda a matéria se revolve na prova.

Quando não se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concedia indenização à concubina, *a título de serviços domésticos prestados*. Sob essa rotulação há evidente eufemismo, porque se pretende dizer muito mais do que a expressão encerra. Nessa hipótese, também ocorria uma diminuição do acervo hereditário, pois parte era concedida ao companheiro.

Esse patamar de direitos relativos à convivência sem casamento foi totalmente modificado com os dois diplomas legais aqui referidos. No que tange à sucessão, a Lei nº 8.971/94 inseriu o companheiro na ordem de vocação hereditária.

Entre as muitas imperfeições dessa lei, dispôs o art. 1º:

“A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”

De forma canhestra, a lei pretendeu atribuir direito a alimentos, referindo-se somente à lei processual que regula a ação de alimentos, omitindo-se quanto ao direito material. Essa lei também restringiu o direito aos conviventes não casados com mais de cinco anos de vida em comum ou com prole.

Sobre as primeiras dificuldades na compreensão desse dispositivo nos reportamos em nosso estudo do Direito de Família. O art. 2º desse diploma estabeleceu o direito sucessório a esses conviventes:

“As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – Na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

Completava ainda o art. 3º, quanto ao direito de meação:

“Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

Como observa Francisco Pizzolante (1998:119), em coro com a doutrina, a matéria sucessória na união estável é a mais complicada entre tantas outras levantadas por essa lei. Esse diploma, como vimos, restringiu os direitos a que alude, de alimentos, de herança e de meação, aos companheiros com convivência de mais de cinco anos ou com prole. De acordo com essa lei, para fins de meação, a colaboração não se presumia e deveria ser provada em cada caso. Posteriormente, por força da segunda lei, o companheiro sobrevivente, independentemente do prazo de duração da união estável ou de existência de prole, tornou-se meeiro em relação aos bens adquiridos onerosamente na respectiva convivência.

Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão.

Como examinamos, embora haja o reconhecimento constitucional, as semelhanças entre o casamento e a união estável restringem-se apenas aos elementos essenciais. O diploma legal mais recente, Lei nº 9.278/96, que poderia aclarar definitivamente a questão, mais ainda confundiu, pois se limitou, laconicamente, a atribuir direito real de habitação ao companheiro com relação ao imóvel destinado à residência familiar, enquanto não constituísse nova união.

Na análise linear do art. 2º transcrito, observa-se que os direitos sucessórios são atribuídos às *“pessoas referidas no artigo anterior”*. Ora, essas pessoas são a companheira ou o companheiro do homem ou da mulher, respectivamente, solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. A lei é expressa quanto à união heterossexual, ficando fora de cogitação as uniões de pessoas do mesmo sexo. Essas pessoas referidas na lei participarão da sucessão. O convivente falecido deverá ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo.

Essa lei, portanto, protegeu unicamente o chamado concubinato puro, para aqueles que admitem essa rotulação, isto é, aquele que não coexiste com o casamento. O denominado concubinato impuro ou adúlterino convive com o casamento. Desse modo, se o falecido era casado, pouco importando se separado de fato, não haveria direito hereditário para o convivente sobrevivente, porque nesse aspecto,

ao menos, a lei foi clara. Não ficaria ao desamparo sobrevivente nessas condições, porque poderia pleitear a divisão da sociedade de fato, recebendo parte dos bens que tenha auxiliado a amealhar. Em termos hereditários, contudo,

“prevalecem os direitos do antigo cônjuge do de cujus, embora de há muito separado de fato, porque ainda não está dissolvida a sociedade conjugal, pelo menos para efeitos sucessórios” (Rainer Czajkowski, 1996:143).

Lembre-se, ainda, a propósito, de que:

“a possibilidade de partilha de bens por meio da prova de participação na aquisição destes em função da formação da sociedade de fato, de acordo com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, subsiste ainda para todas as hipóteses em que não haja a possibilidade de concessão de direitos sucessórios nos termos da Lei nº 8.971/94” (Pessoa, 1997:236).

Passada a perplexidade inicial, concluímos que ambas as leis, de 1994 e de 1996, coexistiram. O maior problema agora será definir se esses diplomas foram inteiramente revogados pelo vigente Código Civil, pois o legislador não foi expresso a esse respeito.

Os incisos I e II do art. 2º transcrito estabelecem o denominado *usufruto vidual*, disposto igualmente para o cônjuge viúvo no art. 1.611, § 1º, examinado no tópico anterior. Ver o que dissemos a respeito, identicamente aplicável à situação presente. Nesse usufruto, houve equiparação significativa dos direitos do companheiro aos do cônjuge. Trata-se de usufruto legal que independe da situação econômica do companheiro. Pelos princípios do usufruto, não sobrevivendo nova união, o usufruto é vitalício, extinguindo-se com a morte do usufrutuário. A lei da convivência estável reporta-se à extinção, quando o companheiro estabelece *nova união*. Trata-se, evidentemente, de referência a novo casamento ou a nova união estável. Nem sempre será fácil a prova desta última. Incumbe aos interessados na extinção do usufruto que promovam ação para declarar sua extinção, se não for obtida aquiescência do companheiro supérstite.

Quando houver, concomitantemente, direito ao usufruto e à meação, não há superposição de direitos, porque o usufruto incide sobre a herança, e meação não é herança. Esse usufruto, da quarta parte ou da metade dos bens, incide sobre a totalidade da herança, ainda que venha a atingir a legítima dos herdeiros necessários.

O inciso III do art. 2º, que, na realidade, por questão de lógica, deveria ser o inciso I, equiparou o companheiro sobrevivente ao cônjuge supérstite, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.603 do Código de 1916. Desse modo, na falta de ascendentes ou descendentes (bem como de cônjuge, como adiante se afirma), o companheiro será herdeiro da totalidade dos bens do falecido, alijando assim os colaterais e o Estado da herança. Sob esse prisma, como é irrelevante para o direito sucessório do cônjuge o regime de bens adotado, também é irrelevante o fato de ter ou não havido conjugação de esforços para obtenção de patrimônio comum pelos companheiros. O que importa, para o direito sucessório nessa hipótese, é que tenha havido realmente uma união estável, cujo exame dos requisitos

competete ao caso concreto.⁷

A inclusão do companheiro ou companheira na ordem de vocação hereditária, sem a clareza que seria de se esperar em matéria tão relevante, não autoriza que eles concorram na herança com o cônjuge. Como vimos, na ordem legal, para que seja considerado herdeiro, além da ausência de descendentes e ascendentes, o autor da herança deverá ter falecido solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Se faleceu no estado de casado, o cônjuge sobrevivente será em princípio herdeiro com aplicação do mencionado art. 1.830. A separação de fato não dissolve a sociedade conjugal, mas não impede o reconhecimento da união estável. Tanto para a herança em usufruto, como para a herança em propriedade, a situação é idêntica. Por outro lado, como é básico, o direito sucessório se estabelece no momento da morte. Se, quando do falecimento, já está extinta a união estável, não haverá direito hereditário para o companheiro. Competirá a este, nessa situação, provar a existência de patrimônio decorrente de esforço comum para pedir a quota respectiva. Essa matéria certamente trará infundáveis discussões nas hipóteses limítrofes, merecendo que o legislador seja mais claro no próximo estatuto da união estável que vier a editar.

Como o cônjuge, no sistema anterior, não era herdeiro necessário, na mesma situação, era colocado o convivente. Lembre-se de que, por uma questão de lógica e em decorrência do sistema constitucional sobre a família, a união estável ou o concubinato, em princípio, nunca poderá gozar de direitos mais amplos do que o casamento. Desse modo, o testamento poderá contemplar terceiros, excluindo o cônjuge ou o companheiro da ordem legítima de sucessão, assim como os colaterais (art. 1.850). Lembre-se de que a meação, que não é herança, não pode ser afastada. Temos de repelir entendimento de que o diploma da união estável tenha guindado o companheiro à posição de herdeiro necessário, no sistema do Código de 1916.⁸ Repulsa a ideia de que a união estável goze de direitos mais amplos do que o casamento.

Como herdeiro, o companheiro fica sujeito também à pena de exclusão por indignidade, na forma dos arts. 1.814 ss, em ação movida pelos herdeiros interessados.

A Lei nº 9.278/96 acrescentou o *direito real de habitação*, como direito sucessório, à esfera da união estável:

“Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (parágrafo único do art. 7º).⁹

Sobre a compreensão do direito real de habitação, ver o que examinamos em nossa obra *Direito civil: direitos reais*, Capítulo 20. O dispositivo também está mal colocado, em parágrafo cujo *caput*, relativo a alimentos entre companheiros, nada tem a ver com a matéria.

No casamento, esse direito estava contemplado no art. 1.611, § 2º, examinado no tópico anterior. No presente Código, a descrição está presente no art. 1.831. Em sede de união estável, o direito de habitação, na lei especial, apresenta-se de forma mais ampla, pois no casamento, no regime do Código anterior, está restrito aos enlacs sob o regime da comunhão universal, afora o fato de tratar-se de imóvel

destinado à residência da família e o único bem dessa natureza a inventariar. Trata-se de restrição injustificável, que recebeu repulsa da doutrina. Nenhuma restrição é feita, quanto aos conviventes, sob esse aspecto. O corrente Código não se refere ao direito real de habitação do convivente. É de perguntar se estaria revogado o dispositivo ou se persistem vigentes os dispositivos das leis anteriores sobre a união estável não contemplados pelo atual Código. Se for entendido que as lacunosas disposições do Código de 2002 sobre a união estável revogaram as leis anteriores, a união estável será colocada, no presente sistema, em posição de extrema inferioridade em relação às duas leis anteriores. Haverá uma restrição de direitos conquistados no passado, inclusive este de habitação. Aparenta ter sido essa a intenção do legislador, mas essa não tem sido a orientação jurisprudencial atual.

No casamento, como vimos, o direito de habitação no sistema do Código anterior possuía conteúdo diverso do direito de usufruto, porque, na comunhão universal, o cônjuge remanescente já teria o respaldo da meação. Quando o casal somente possuía o imóvel residencial, a meação também atingia esse imóvel, ocorrendo maior garantia com o direito de habitação, o qual, neste caso, oneraria também a metade que não pertencia ao meeiro. O usufruto da quarta parte ou da metade, como notamos, podia atingir âmbito muito mais expressivo.

Nas peculiaridades dessas duas leis, enfatizamos outra vez que os direitos sucessórios descritos no art. 2º da Lei nº 8.971/94 somente serão atribuídos ao companheiro ou companheira de pessoa de outro sexo, solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Não se atribui a convivente casado. Por outro lado, o dispositivo relativo ao direito real de habitação, descrito de forma ilhada na Lei nº 9.278/96, não faz referência à situação do sobrevivente na união estável. Desse modo, é perfeitamente aceitável concluir que o direito de habitação pode também ser deferido ao companheiro sobrevivente, ainda que o falecido tenha morrido no estado de casado, mas separado de fato. A lei não restringiu, não podendo a interpretação restringir.

Em qualquer situação, temos de considerar que o direito real de habitação é atribuído unicamente ao imóvel destinado à residência do casal, sendo o único bem dessa natureza. Levemos em conta que se trata do imóvel destinado na maioria das vezes à moradia da mulher, que lá reside com os filhos. Importa verificar no caso concreto a destinação do imóvel. O art. 1º da Lei nº 9.278/96 reporta-se a “*convivência duradoura*”. Esse aspecto sempre deve ser levado em consideração. Quando o autor da herança morre em estado de casado, poderá coexistir o direito de habitação do convivente com o direito do usufruto vidual do cônjuge. Observa, a respeito, Rainer Czajkowski (1996:147):

“Não se defende, com isso, a noção de família unipessoal. O direito de habitação surge porque família existiu, e o imóvel foi utilizado como seu abrigo. Se o parceiro falecido morava em outro lugar, ou morava também em outro lugar, isso não impede que frequentasse aquela casa onde o outro parceiro residia. Tem que haver convivência, senão não há união estável. Se com a morte de um dos parceiros, proprietário da casa, a família se dissolveu, repita-se, há direito de habitação porque família existiu. Note-se que o parágrafo único, do art. 7º, não se refere a imóvel que vá ser destinado à residência da família.”

Como assinalado neste capítulo, o usufruto e o direito real de habitação, conferidos ao cônjuge e ao companheiro, embora definidos pelos direitos reais, são institutos de direito de família; decorrem da lei. Esse direito de habitação deferido ao companheiro somente tem sentido quando ao convivente não cabe a totalidade da herança, pois inadmissível falar nesse direito restrito, se lhe couberem, em propriedade, todos os bens.

As questões sucessórias dos companheiros não se esgotam facilmente, contudo. Quanto ao inventário, se o companheiro sobrevivente estiver na posse e administração dos bens do espólio, cabe a ele requerer a abertura do inventário, na forma do art. 615 do CPC/2015. Pela mesma razão, pode fazê-lo se for herdeiro. Do mesmo modo, pode ser nomeado inventariante. Se sua condição de herdeiro ou de companheiro for contestada e depender de provas, a questão deve ser dirimida fora do inventário, pelas vias ordinárias (art. 615 do CPC/2015).

De outro lado, o direito à meação dos companheiros foi disciplinado pelo art. 3º da Lei nº 8.971/94, anteriormente transcrito. Como evidente, meação não se confunde com direito hereditário. Com a divisão da meação coloca-se termo ao estado de indivisão do patrimônio comum. A situação descrita agora na lei assemelha-se ao teor da Súmula 380 do Superior Tribunal Federal. Na aplicação dessa súmula, os julgados foram paulatinamente se posicionando no sentido de que a divisão devia ser proporcional ao esforço comprovado e não simplesmente dividir-se o patrimônio à metade. Essa solução continua possível em sede de transação, com interessados maiores e capazes. Com base na lei em questão, porém, parece que é possível manter a mesma orientação, pois foi intenção do legislador estabelecer uma proteção ao companheiro que tenha efetivamente colaborado na formação do patrimônio comum. Como observa Claudia Grieco Tabosa Pessoa (1997:237), *“a colaboração de somenos importância não daria ao companheiro sobrevivente o direito à meação e à habilitação no inventário”*. Note, no entanto, que os cônjuges podem ter estabelecido o regime patrimonial de sua convivência de forma diversa, como permite a Lei nº 9.278/96. No silêncio dos conviventes, porém, presumem-se adquiridos pelo esforço comum os bens amealhados *“na constância da união estável, e a título oneroso, (...) passando a pertencer a ambos, em condomínio, em partes iguais”* (art. 5º). Se houver motivos para comprovar o contrário, cabe aos interessados promover ação para derrubar a presunção relativa aí estabelecida.

Pelo sistema disposto pela Lei nº 8.971/94, art. 3º, além da convivência de mais de cinco anos ou existência de prole do casal, havia necessidade de se comprovar o esforço comum na aquisição do patrimônio, o que era sempre um ônus para o interessado.

Interessante também observar que, para efeito de partilha de bens adquiridos pelo esforço comum, na constância da união estável e a título oneroso, são irrelevantes os motivos do desfazimento da união de fato, não se restringindo apenas à morte do companheiro, mas aplicando-se às situações de extinção do enlace em vida. Desse modo, não se discute culpa pelo término da união estável, pois a divisão do patrimônio comum não levará em conta esse aspecto.

O mais moderno Código conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros. A primeira preocupação já expusemos, qual seja, a manutenção ou não, no que couber, das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Ademais, o atual Código traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no art. 1.790¹⁰, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária:

“A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro!

O primeiro tema a se enfrentar diz respeito ao conteúdo do direito hereditário. O artigo dispõe que o companheiro ou companheira receberá os bens adquiridos onerosamente durante sua vigência, ou seja, durante a persistência do estado de fato de união estável. Em primeiro lugar, há, portanto, que se definir, no caso concreto, quais os bens que foram adquiridos dessa forma durante a união e quais os bens que serão excluídos dessa divisão. Em segundo tema, há de se recordar que o art. 1.725 do presente Código permite que os companheiros regulem suas relações patrimoniais por contrato escrito. Na ausência desse documento, aplicar-se-á, *no que couber*, como estampa a lei, o regime da comunhão parcial de bens. Pois bem: havendo contrato na união estável que adote outro sistema patrimonial, é de perguntar se esse regime terá repercussão no direito sucessório. O legislador deveria ter previsto a hipótese, mas, perante sua omissão, a resposta deverá ser negativa. Não há que se levar em conta que o contrato escrito entre os conviventes tenha o mesmo valor jurídico de um pacto antenupcial, o qual obrigatoriamente segue regras estabelecidas de forma e de registro. Desse modo, consoante os termos peremptórios do *caput* do art. 1.790, o convivente somente poderá ser aquinhado com patrimônio mais amplo do que aquele ali definido por meio de testamento. O contrato escrito que define eventual regime patrimonial entre os companheiros não pode substituir o testamento.

Outro ponto que deve chamar a atenção diz respeito ao desfazimento da sociedade de fato que ocorre com a morte de um dos companheiros. Aliás, a mesma situação opera-se no caso de rompimento da união estável em vida. Existe entre eles também uma meação decorrente dessa sociedade de fato.

Aqui, sim, tal como no casamento, o convivente sobrevivente terá direito à metade dos bens adquiridos na constância da convivência, além da quota ou porção hereditária que é definida nos incisos do art. 1.790. De outra forma, não haveria como se entender a referência quanto à concorrência e se romperia o sistema criado jurisprudencialmente que veio a desaguar na aplicação analógica do regime de comunhão parcial para os conviventes. Portanto, morto um dos conviventes, o sobrevivente terá direito, além da meação, também à porção hereditária. Aplicando-se, no que couber, o regime da comunhão parcial, há de se recorrer ao art. 1.660 para definir quais os bens que se comunicam na união estável, embora o art. 1.790 se refira apenas à comunicação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Abre-se aqui, como se percebe, mais um ponto de discussão tendo em vista a má redação legal.

Como já apontamos, outra questão é saber se os dois diplomas legais citados que se dedicaram à união estável foram integralmente revogados pelo vigente Código. A nova lei não optou pela revogação expressa, no que andou na contramão da boa técnica legislativa, neste e nos demais assuntos que ora se abrem com o atual Código. A resposta não é simples e trará certamente muitas dúvidas.

A Lei nº 8.971/94, muito mal redigida, utilizara da mesma expressão do Código de 2002, ao definir que os companheiros participariam da sucessão do outro. De acordo com o art. 2º, essa participação seria do usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos deste ou comuns, enquanto não constituísse nova união (art. 2º, I). Teria direito ao usufruto da metade dos bens, na mesma situação, se não houvesse filhos, ainda que houvesse ascendentes do companheiro morto (art. 2º, II). Na falta de descendentes e de ascendentes, o convivente teria direito à totalidade da herança (art. 2º, III). Ora, o art. 1.790 do corrente Código Civil disciplina a forma pela qual se estabelece o direito hereditário do companheiro ou da companheira, de forma que os dispositivos a esse respeito na Lei nº 8.971 estão revogados. Note que existe um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros no Código de 2002, pois, segundo a lei referida, não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes do convivente morto, o companheiro sobrevivente recolheria toda a herança. No sistema implantado pelo art. 1.790 do novel Código, havendo colaterais sucessíveis, o convivente apenas terá direito a um terço da herança, por força do inciso III. O companheiro ou companheira somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. Isso quer dizer que concorrerá na herança, por exemplo, com o vulgarmente denominado tio-avô ou com o primo irmão de seu companheiro falecido, o que, digamos, não é uma posição que denote um alcance social, sociológico e jurídico digno de encômios. Muitos sustentam com veemência que o art. 1.790 ofende a Constituição, colocando os conviventes em situação inferior aos unidos pelo casamento. No entanto, bem apreende Euclides de Oliveira

“que nem tudo é desfavorável ao companheiro, se comparado ao cônjuge. Incompreensivelmente, o legislador, dando asas ao tratamento desigual, acabou por colocar muito acima os direitos do companheiro quando determinou que concorra na herança com descendentes e outros parentes, na sucessão do outro, ‘sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável’. A disposição, constante do caput do citado art. 1.790, choca-se com o disposto no art. 1.829, I do Código Civil, que resguarda ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes em condições restritas a determinados

regimes de bens, com expressa exclusão para a hipótese de casamento nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória, ou no regime da comunhão parcial, se não houver bens particulares” (2005:155).

Há, como se vê, um tratamento privilegiado para os companheiros, não se sabendo se foi proposital por parte do legislador.

Por outro lado, a Lei nº 9.278/96 estabeleceu, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002. Esse direito foi incluído na referida lei em parágrafo único de artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes. A manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Esse direito mostra-se em paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo atual Código no art. 1.831. Não somente essa disposição persiste na lei antiga, como também, a nosso ver, a conceituação do art. 5º, que diz respeito aos bens móveis e imóveis que passam a pertencer aos conviventes no curso da união estável. De qualquer forma, a situação desses dispositivos é dúbia e trará incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Quanto ao direito hereditário propriamente dito dos companheiros, de acordo com o art. 1.790, a participação do convivente na herança será sob a modalidade de direito de propriedade e não mais como usufruto.¹¹

De acordo com o inciso I, se o convivente concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária cabente a seus filhos. Divide-se a herança em partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente. Inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual à que cabe “por lei” aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita. Como, no entanto, não deve ser vista palavra inútil na lei, poder-se-ia elucubrar que o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário. A nosso ver, parece que essa interpretação nunca esteve na intenção do legislador e constitui uma premissa falsa.

Outra pergunta que se faz é saber como será a concorrência se houver apenas netos comuns. Nesse caso, estando os filhos pré-mortos, não haverá direito de representação. Assim, parece que a solução é no sentido de o convivente receber a mesma porção dos netos, que herdaram por cabeça, aplicando-se então o art. 1.790, I, seguindo-se o princípio geral de vocação hereditária. Contudo, o inciso II menciona a concorrência com “*outros parentes sucessíveis*”. Ora, nesse caso, não havendo direito de representação e recebendo os netos por cabeça e não por estirpe, podem eles ser considerados dentro dessa dicção legal, aplicando-se o terço da herança ao sobrevivente e dois terços aos netos. Teria sido essa a intenção da lei? Nesse caso, o legislador estaria rompendo com a tradição da vocação hereditária. É difícil a solução e mais uma vez o legislador foi cruel com o intérprete e com a sociedade. A mesma

dúvida persiste quando da aplicação do inciso II, na hipótese de os netos serem só do autor da herança, quando o sobrevivente receberia só metade do cabente aos netos, se não fosse aplicado o inciso III.

Na forma do inciso II do art. 1.790, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha. No entanto, se houver filhos comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão, que também não fica isenta de dúvidas, deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro entre tantos na lei, que permite a multiplicidade de interpretações já analisada na sucessão concorrente do cônjuge.

Ainda, no inciso III dispõe a lei que, se o convivente sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, isto é, ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a um terço da herança, conforme observação que já fizemos, de evidente iniquidade. Se a norma é aceitável no tocante à concorrência com os ascendentes, é insuportável com relação aos colaterais. Imagine-se a hipótese de o convivente sobrevivo concorrer apenas com um colateral, este receberá dois terços da herança e o sobrevivente apenas um terço. Veja também a possibilidade de os netos herdeiros serem colocados nesse inciso. Na ausência de descendentes, ascendentes, colaterais, o convivente terá direito à totalidade da herança.

Em princípio, o companheiro ou companheira que recebe herança do convivente morto exclui o direito do cônjuge. No entanto, no denominado concubinato impuro poderão ocorrer situações nas quais se atribuirão duas meações, ao cônjuge e ao companheiro ou concubino. No entanto, não há que se divisar que o sistema admita recebimento de herança do morto concomitantemente para o cônjuge e para o companheiro, nos termos do art. 1.830 mencionado.

O Projeto nº 6.960/2002 teria mesmo que redigir novamente o art. 1.790. Tentou, mas nem assim a nova redação é isenta de críticas:

“O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança. Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela

natureza a inventariar.”

Mantém-se a mesma situação que é de concorrência na herança do convivente e não herança propriamente dita. A diferença é sutil, sem maior alcance prático, mas o legislador persiste na mesma senda.

Essa redação, no entanto, faz mais justiça e afina-se com o sistema anterior ao vigente Código. Veja que o companheiro concorrerá com os descendentes do morto, sejam seus ou não, sempre com a metade do que couber a eles. Não se faz mais a distinção da redação do Código de 2002 quanto à origem da filiação. Não concorrerá a herança, contudo, se tiver havido comunhão de bens na união estável e o morto não tiver deixado bens particulares. Também o Projeto parte da hipótese de que se tivesse havido casamento, se este se submeteria ao regime da separação obrigatória do art. 1.641, também não haverá participação na herança. São inúmeras as situações fáticas a serem examinadas, o que é por demais inconveniente. Modifica-se a situação se o convivente concorrer com ascendentes, quando então receberá a metade do que couber a cada um deles. Finalmente, elimina-se a injustiça de se ter o companheiro sobrevivente concorrendo com colaterais de até o quarto grau: na falta de descendentes e ascendentes, o sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Urge que esse texto seja aprovado, pois a redação original do artigo é simplesmente retrógrada, para dizer o mínimo. O Projeto também sustenta o direito real de habitação ao companheiro remanescente, nos termos do ordenamento anterior.

De tudo o que foi dito a respeito da sucessão do convivente, nessa barafunda legislativa, forçoso é concluir que atualmente não mais se sustenta um tratamento diferenciado e deficiente para a herança dos companheiros. Não há mais porque se tratar diferentemente a herança do convivente de forma diversa do casamento. Essa tendência jurisprudencial chega ao STF e sua posição propende para essa solução. Há que se outorgar à união estável, em todos os níveis, os mesmos direitos do casamento. Não há mais razão para hierarquizar as duas instituições. Assim, é de se aplicar o art. 1.829 para a sucessão dos companheiros, ficando então como letra morta os dizeres do art. 1.790, banhado por inconstitucionalidade. As arestas criadas pela má vontade do legislador ao tratar da união estável vão assim sendo aplainadas pelos nossos tribunais.

Já dissemos que modernamente se restringe o conceito social de família, e o direito não pode ignorá-lo. Os colaterais até o quarto grau serão chamados, se não houver cônjuge sobrevivente legitimado na forma do art. 1.830 (art. 1.839).

São colaterais os parentes que descendem de um só tronco, sem descenderem uns dos outros. No direito anterior já se considerou a linha colateral até o sexto grau de acordo com o art. 331 do antigo Código, mas o direito sucessório não ultrapassava o quarto grau, limite que é mantido no presente Código.

Na linguagem vulgar, parentes colaterais em quarto grau são os “primos--irmãos” entre si, os “tios-

avós” com relação aos “sobrinhos-netos” e estes com referência àqueles (Prats, 1983:69). Os irmãos são colaterais em segundo grau, pois que não existem colaterais em primeiro grau (para a contagem do parentesco sobe-se até o ancestral comum, descendo-se até o parente que se procura – art. 1.594). A redação primitiva do Código de 1916 levava a sucessão até os colaterais de sexto grau (art. 1.612).

Na classe dos colaterais, também os mais próximos excluem os mais remotos, mas há direito de representação dos filhos de irmãos (sobrinhos) (art. 1.840).

O art. 1.841 cuida da sucessão dos colocados em primeiro lugar na linha colateral, os irmãos (parentes em segundo grau). O Código estabelece diferença na atribuição de quota hereditária, tratando-se de irmãos bilaterais ou irmãos unilaterais. Os irmãos bilaterais, filhos do mesmo pai e da mesma mãe, recebem o dobro do que couber ao filho só do pai ou só da mãe. Na divisão da herança, coloca-se peso 2 para o irmão bilateral e peso 1 para o unilateral, fazendo-se a partilha. Assim, existindo dois irmãos bilaterais e dois irmãos unilaterais, a herança divide-se em seis partes, 1/6 para cada irmão unilateral e 2/6 (1/3) para cada irmão bilateral.

O *direito de representação*, na linha colateral, é limitado aos filhos de irmãos pré-mortos (art. 1.843). Existindo irmãos vivos e filhos de irmão pré-morto, estes (sobrinhos) herdam por estirpe.¹² Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão eles por cabeça (art. 1.843, § 1º). A representação, no entanto, para aí. Também se obedece à bilateralidade ou unilateralidade dos irmãos quando se trata de quota de representantes (art. 1.843, § 2º), recebendo os filhos dos irmãos unilaterais a metade da herança que coubera aos filhos dos irmãos bilaterais. Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual (art. 1.843, § 3º). As mesmas regras estavam presentes no art. 1.617 do Código anterior.

Não vai além, porém, a representação. Se só existirem sobrinhos vivos, como vimos, a herança é por cabeça. O princípio da representação é o mesmo; os representantes recebem o que receberia o irmão pré-morto.

Note que, se todos os irmãos forem unilaterais, não há diferença de atribuição. Na herança por cabeça e por estirpe, também é seguida a origem da irmandade.

Os sobrinhos e os tios estão, ambos, em terceiro lugar no grau de parentesco. Contudo, a lei prefere os sobrinhos, excluindo os tios; “*em falta de irmãos, herdarão os filhos destes*” (art. 1.617 do Código de 1916). O art. 1.617 dá a mesma ideia, dizendo apenas que, na falta de irmãos, herdarão os filhos destes. A lei preferiu atribuir aos mais jovens a herança, talvez porque, em regra, seja maior a afeição pelos sobrinhos do que pelos tios (Prats, 1983:67).

Não há representação de tios e sobrinhos. A existência de um sobrinho vivo arreda os demais colaterais. A existência de um tio vivo arreda os demais colaterais ascendentes, da mesma forma. Não havendo colaterais de terceiro grau, sucedem os parentes em quarto grau por cabeça (tios-avôs e sobrinhos – netos e primos entre si). Como a partir da Constituição vigente o adotado tem direito sucessório idêntico e recíproco, temos de entender como não mais aplicável, com a nova lei, às sucessões abertas, e com base nela, a restrição do art. 1.618 do antigo Código, que excluía a relação

sucessória entre o adotado e os parentes do adotante. O art. 41, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é expresso nesse sentido.

O Estado recolhe a herança, mas não tem a *saisine*. Por essa razão o atual Código não o coloca na ordem de vocação hereditária. Só com a sentença de vacância, como vimos, é que os bens se incorporam ao Estado. Discute-se, por isso, sua condição de herdeiro. Não tendo as condições de herdeiro, não lhe é dado repudiar a herança. Pode, no entanto, o Estado ser instituído legatário ou herdeiro testamentário, mas não é essa a situação tratada.

A Lei nº 8.049, de 20-6-90, alterou a redação dos arts. 1.594, 1.603 e 1.619 do Código Civil de 1916. A finalidade foi atribuir aos Municípios, ao Distrito Federal, os bens das heranças vacantes neles localizados, e à União, quando os bens se localizarem em territórios federais. A redação anterior atribuía os bens aos Estados. De fato, os municípios terão melhores condições de administrar tais bens, cabendo a cada um deles regulamentar sua finalidade. No mesmo sentido se coloca o art. 1.844 do atual Código:

“Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”

A doutrina sempre defendera no passado esfera maior de direitos sucessórios do cônjuge, principalmente sua colocação como herdeiro necessário. Essa posição, não sem críticas em virtude de redação legal ruim, foi alcançada pelo Código de 2002. No sistema de 1916, o viúvo ou a viúva poderiam restar sem patrimônio próprio, para garantir sua sobrevivência, se casados sob o regime da separação de bens.

A Lei nº 4.121/1962, Estatuto da Mulher Casada, que representou dinâmica mudança na legislação familiar brasileira, justamente para proteger essa situação, instituiu o direito à herança concorrente de usufruto para o cônjuge sobrevivente, inserindo o texto do art. 1.611, § 1º, no CC de 1916:

“o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivem ascendentes do de cujus”.

Ainda de forma tímida em prol dos viúvos, a lei criou, a exemplo de direitos estrangeiros, sistema de herança concorrente do cônjuge sobrevivente com os descendentes ou ascendentes. A ideia principal foi proteger a mulher, mas aplicável também ao varão, que, sem patrimônio próprio suficiente, poderia,

geralmente com idade avançada, não ter um teto para sua sobrevivência. A hipótese se aplicava nos casamentos que não sob o regime de comunhão universal. Pela dicção do texto, não havia dúvida de que se aplicava também ao regime da comunhão parcial, colocado na Lei do Divórcio como regime legal, aquele se aplica na ausência de pacto antenupcial. Contudo, na comunhão de aquestos, o cônjuge, especialmente a mulher, pode receber bens suficientes para a subsistência. A pergunta era e continua sendo, como veremos, se mesmo assim deveria ser concedido o direito real de habitação.

A herança concorrente de duas classes de herdeiros existe em outras legislações, como a italiana. O Código Civil de 2002 contemplou-a também. Não se leva em conta a legítima, pois o direito de usufruto com ela não se confunde. A questão passa a ser acomodar a partilha de forma mais racional possível para o cônjuge e os interessados. A matéria foi controvertida no passado.

Ao lado dessa modalidade de herança concorrente, outra proteção conferida ao cônjuge viúvo, também pelo Estatuto da Mulher Casada, foi o direito real de habitação estampado no § 2º do mesmo art. 1.611 do Código Civil de 1916:

“ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”.

O intuito foi assegurar um teto à viúva ou viúvo, se houver um único imóvel residencial na herança. Poderiam os herdeiros, na ausência desse dispositivo, não só entrar na posse direta do bem, como aliená-lo, deixando o pai ou a mãe ao desabrigo. O texto não se importou com o montante da herança, que poderia ser valioso. Consubstanciou-se o direito de habitação, desde que haja um único imóvel residencial no monte partilhável. Entende-se que o supérstite deva habitá-lo sozinho ou com pessoas da família. Tal direito, em princípio, só se extinguiria com a morte do beneficiado, ou quando sobreviesse novo casamento. É claro que eventual fraude deve ser coibida, porém, não cabe ao jurista raciocinar sobre fraudes. O desvio de finalidade deve ser analisado caso a caso. Parece-nos que, também, no tocante ao direito real de habitação, a Lei do Divórcio deveria forçar uma nova interpretação. Por esse diploma, o regime legal entre os cônjuges, no seu silêncio, passou a ser o da comunhão de aquestos. Suprimir o direito real nessa situação levaria, sem dúvida, a iniquidades. Portanto, mesmo sob esse regime, não poderia ser negado esse direito.

Para reforçar esse entendimento, o Código de 2002 estabeleceu o direito real da habitação ao cônjuge sobrevivente *“qualquer que seja o regime de bens”* (art. 1.831), suprimindo a interpretação restritiva e injusta. Esse mesmo artigo não exige mais que o supérstite permaneça em estado de viuvez para usufruir desse direito, o que é discutível. O mesmo se aplica às situações de união estável por uma medida de equidade e analogia, senão por interpretação sistemática do ordenamento, como veremos.

Como descrevemos, tanto o usufruto aqui mencionado como o direito real de habitação são direitos sucessórios temporários. Devem ser descritos na partilha para constar do registro imobiliário.

A Lei nº 9.728/1996 adicionou o direito real de habitação como direito sucessório na esfera da união estável:

“Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (parágrafo único do art. 7º).

No casamento, como vimos, esse direito era contemplado no art. 1.611, § 2º do CC de 1916, introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada. No Código de 2002, o direito está presente no art. 1.831.

Em sede de união estável, o direito de habitação, na lei especial, apresentou-se de forma mais ampla, pois no casamento, no regime do Código anterior, está restrito aos enlaces sob comunhão universal, afora o fato de tratar-se de imóvel destinado à residência da família e o único bem dessa natureza a inventariar. Trata-se restrição injustificável, que recebeu repulsa da doutrina. Nenhuma restrição é feita, quando aos conviventes, sob esse aspecto.

O Código de 2002 não se refere ao direito real de habitação do convivente. A primeira dúvida que aflora é saber se estaria revogado o dispositivo da Lei nº 9.728 ou se persistem vigentes os textos anteriores sobre união estável não contemplados pelo vigente Código. Se a interpretação optar pela revogação, a união estável seria colocada em extrema inferioridade, com restrição de direitos criados no passado. Mais uma vez se enfoca que o legislador de 2002 tratou com extrema má vontade o instituto da união estável. Felizmente, a jurisprudência tem dado respostas positivas, entendendo vigentes as conquistas da convivência e aplicável também, conseqüentemente, o direito real de habitação. Desse modo, é perfeitamente cabível estender o direito real de habitação ao convivente sobrevivente, ainda que o companheiro tenha morrido em estado de casado, mas separado de fato.

Acentue-se que durante a vigência do direito real de habitação do sobrevivente, cônjuge ou companheiro, os herdeiros, durante o exercício, terão apenas a nua-propriedade e, portanto, mera posse indireta.

Em qualquer situação, há que se considerar que, em princípio, o direito real de habitação é atribuído unicamente ao imóvel destinado à residência do casal, ou que possa ser destinado a essa finalidade, sendo o único bem dessa natureza a inventariar. Na maioria das vezes, esse imóvel é destinado à moradia da mulher, que lá reside só ou com os filhos. Importa verificar, no caso concreto, a destinação do imóvel. O art. 1º da Lei nº 9.278/1996 reporta-se à *“convivência duradoura”*. Esse aspecto sempre deve ser levado em consideração. O direito de habitação surge porque a família existiu e perdeu um dos cônjuges ou companheiros. Tem que existir convivência, e não uma utilização efêmera ou uma passagem efêmera pelo imóvel.

Nem sempre esse direito de habitação recairá sobre a moradia do casal quando da morte: figure-se a hipótese de os consortes residirem em imóvel alheio existindo um imóvel residencial único na herança ocupado por terceiros a outro título, comodato ou locação por exemplo. Destarte, lei alguma pode ser interpretada sem uma flexibilidade social.

Ademais, não deve restar dúvida que o direito deve beneficiar também os conviventes. Melhor que o legislador aponte em lei o direito, espantando de vez dúvidas que ainda persistem. A ideia será sempre garantir morada digna ao cônjuge ou companheiro sobrevivente. Sustenta-se, ademais, que mesmo existindo mais de um imóvel residencial na herança, é possível a concessão do direito recaindo sobre o imóvel de menor valor. Há julgados nesse sentido, como aponta Luiz Paulo Viera de Carvalho (*Parecer da Comissão de Direito de família e Sucessões do instituto dos Advogados Brasileiros – IAB*, disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-19280.pdf>>).

“Cônjuge sobrevivente, na residência em que vivia o casal. Existência de outro imóvel residencial que não exclui esse direito” RE 1.220.838, da 3ª Turma, relator Min. Sidnei Benetti).

Como em toda lei, a aplicação do seu texto frio pode levar a iniquidades. Assim, o espólio pode ter mais de um imóvel residencial, mas que não se adequa à moradia do sobrevivente, por várias razões: localização distante, em outra cidade, imóvel em situação ruim inadequado para manter o nível de moradia etc. Cabe ao juiz analisar o caso concreto, não podendo a lei prever todas as situações. Daí, portanto, a inteligente decisão aqui colacionada.

Outra situação que deve ser enfocada é que o Código Civil vigente não mais limita a possibilidade do direito de habitação. Não exige o estatuto civil que o direito se extinga com novo matrimônio ou nova união estável. A situação não nos afigura a mais justa. Um novo consorte é trazido para dentro do imóvel a viver com o supérstite e os herdeiros legais ou testamentários não poderão usufruir do imóvel.

Nota-se, pois, que, primeiramente, deve-se avaliar com equidade o caso concreto na hipótese de concessão desse direito, mormente quando há conflito de princípios, e secundariamente, que nova descrição legal seja conferida no texto, permitindo as brechas que analisamos e tantas outras que a vida real nos apresenta. De qualquer modo, o caso concreto será sempre um desafio ao magistrado, que deve ser arguto e inovador, se necessário. A matéria fica, portanto, em aberto.

¹ “Agravamento de instrumento – Inventário – Partilha – Insurgência que invoca preclusão quanto ao plano de partilha originário, defendendo a viúva, ora agravante, o prevalecimento de seu direito real de habitação. Agravante que se volta contra a deliberação que reviu posicionamento anterior e determinou a apresentação de ‘novo’ plano de partilha. Questionamento infundado. Sucessão deve ser regida pela lei vigente à época de sua abertura, não sendo possível reconhecer o direito real de habitação à viúva, porquanto não preenchidos os requisitos legais incidentes no caso (artigo 1.611, § 2º, CC/1916), especialmente o regime de bens mantido entre os cônjuges. Casal em questão que havia elegido o regime da comunhão parcial de bens. Como se não bastasse, ainda em desfavor dos reclamos recursais havia que se considerar também o fato de que, conforme ordem da vocação hereditária prevista no Código Civil anterior, a sucessão era deferida ao cônjuge sobrevivente somente na falta de descendentes e ascendentes, não sendo esta, porém, a situação em foco nos autos. Tecnicamente correta, a deliberação de origem que decidiu no sentido de assegurar à viúva tão somente o direito à meação, imperiosa,

mesmo, a apresentação de ‘novo’ plano de partilha observando-se o regramento legal aplicável à espécie. Recurso de Agravo de Instrumento não provido” (TJSP – AI 2260166-58.2015.8.26.0000, 28-7-2016, Rel. Alexandre Bucci).

“**Civil** – Processo civil – Seguro obrigatório DPVAT – Morte do acidentado – Pagamento à ascendente – Existência de descendente – **Inobservância da ordem de vocação hereditária** – Responsabilidade da seguradora – Honorários – 1 – No caso de morte, o pagamento do seguro DPVAT deve obedecer a ordem de vocação hereditária, ex vi do disposto no art. 4º da Lei nº 6.194/74 c/c art. 792, do CC. 2 – A alegação da seguradora de que o seguro foi pago à ascendente do segurado não tem o condão de exonerá-la da responsabilidade obrigacional pelo adimplemento da indenização ao descendente do *de cujus*, verdadeiro beneficiário. 3 – Assim, restando comprovado que o apelado é filho do *de cujus*, deve a apelante pagar-lhe o valor do seguro DPVAT que lhe é devido, independente do pagamento equivocado à ascendente do segurado. 4 – Não há que se falar em redução da verba honorária, se esta foi fixada de acordo com o que preceitua o art. 20, § 3º, do CPC. 5 – Apelo conhecido e desprovido” (TJAP – Ap 0042283-31.2010.8.03.0001, 9-3-2012, Rel. Des. Luiz Carlos).

“**Direito civil** – Contratos e sucessões procuração utilizada como modo transversal de modificar a ordem de vocação hereditária impossibilidade – Anulação dos atos jurídicos decorrentes – Configuração de dano moral – Recurso conhecido e desprovido – 1 – A ordem legal de vocação hereditária não pode ser alterada pela vontade das partes. 2 – Se, aberta a sucessão, há outorga de poderes de um sucessor para quem não tem direito hereditário (irmão do *de cujus*), e estes transferem bens para seu patrimônio que por direito hereditário caberiam ao outorgante, nítida está a vontade de alterar a ordem de vocação hereditária. 3 – Atos que, além de transgredir normas do direito sucessório, acabaram por afetar o direito extrapatrimonial de herdeira, causando-lhe dano de natureza moral. 4 – Recurso conhecido e desprovido” (TJES – AC 14070123519, 22-3-2011 – Rel. Des. William Couto Gonçalves).

2 TJ 112/440, RE 162350 e RE 19959.

3 “Agravo de instrumento – Habilitação em herança – **Parentes Colaterais** – Companheira – I – Indeferido pedido de habilitação dos parentes colaterais e assegurada à companheira supérstite a sucessão por inteiro, visto não haver descendentes nem ascendentes do falecido, com o qual conviveu em união estável por aproximados 30 anos. II – O e. STF, no julgamento do RE 878.694, sob o rito da repercussão geral, reconheceu a natureza constitucional da controvérsia sobre a validade do art. 1.790 do CC, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles assegurados ao cônjuge, art. 1.829 do mesmo texto legal. III – Agravo de instrumento desprovido” (TJDFT – AI 20150020258174AGI – (925016), 17-3-2016, Relª Vera Andriighi).

“**Herança.Sucessão de colaterais.** Concorrência à herança exclusivamente pelos sobrinhos, filhos dos irmãos premortos. Irmãos vivos que renunciaram à herança. Decisão agravada que determina a divisão do acervo na forma do art. 1.854 do Código Civil. Inadmissibilidade. Direito de representação que, na linha transversal, somente se verifica em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem. Art. 1.853 do CC. Análise dos efeitos da renúncia à herança. Inteligência do art. 1.804 do CC. Ausentes colaterais de segundo grau, os sobrinhos herdaram por cabeça, e não por estirpe. Observância da regra do art. 1.843, §§ 1º e 3º. Sobrinhos que concorrem em igualdade de condições, devendo ser dividida a herança em partes iguais. Recolhimento do tributo. Justa causa configurada. Art. 27, § 1º da Lei Estadual nº 10.705/2000. Isenção de juros e multa concedida. Recurso provido, com observação” (TJSP – AI 0185775-74.2012.8.26.0000, 7-2-2013, Rel. Paulo Alcides).

“**Apelação Cível** – Inventário – Terceiro Prejudicado – **Herdeiro na linha colateral mais próximo** – Exclusão do Mais Remoto – Condição de Herdeiro – Não Demonstrada – Artigos 1.840 e 1.853 do Código Civil. Por força do disposto nos artigos 1.840 e 1.853 do Código Civil, os parentes na linha colateral podem ser chamados a suceder o falecido, todavia, os parentes mais próximos excluem os mais remotos, resguardado o direito de representação, tão somente, concedido aos filhos de irmãos” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0024.11.018253-2/001, 24-5-2012, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes).

“**Agravo de instrumento.** Direito sucessório. Artigos 1.829, inciso II, e 1.837, ambos do Código Civil. Artigo 1.830 do Código Civil. Inaplicabilidade. Encontrando-se o casal separado de fato em período inferior a 01 (um) ano quando do falecimento do varão, não há falar em aplicação do disposto no artigo 1.830 do Código Civil. O disposto no inciso II, do artigo 1.829, c/c artigo 1.837, ambos do Código Civil, é claro, ou seja, o cônjuge sobrevivente herdará, quando concorrer com ascendentes do autor da herança, a terça parte (1/3) desta. Decisão agravada reformada. Deram provimento ao recurso” (TJRS – Acórdão Agravo de Instrumento 70040609604, 24-2-2011, Rel. Des. Alzir Felipe Schimitz).

“**Recurso especial** – Inventário – Exclusão de colateral – Sobrinha-neta – Existência de outros herdeiros colaterais de grau mais próximo – Herança por representação de sobrinho pré-morto – Impossibilidade. 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 herdaram 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 – (2008/0121983-3), 20-10-2011 – Rel.^a Min^a Nancy Andrighi).

4 “Inventário e partilha – Anulação da sentença – Partilha sem conotação amigável – Pluralidade de apelantes – Desistência da apelação e prosseguimento do recurso em face da não desistência por parte de um dos apelantes. Herdeiros colaterais. Direito de representação só alcança os filhos dos irmãos – Obediência ao art. 1.853 do Código Civil. **Sucessão por estirpe** – Subordinação da sentença à comprovação de quitação de tributos. Inteligência do artigo 192 do Código Tributário Nacional e dos artigos 1.026 e 1.031, ambos do Código de Processo Civil – Impossibilidade de retificação da partilha nos termos do artigo 1.028 do Código de Processo Civil. Sentença de homologação, anulada – Recurso provido” (TJSP – Ap 9152744-12.2009.8.26.0000, 28-5-2016, Rel. Fábio Podestá).

“Embargos de declaração – Apelação Cível – Suscitação de dúvida registral – Acórdão que reconheceu distribuição ‘a maior’ dos quinhões entre os demais herdeiros. Alegação de contradição quanto à determinação de recolhimento de tributos. Existência. **Sucessão por estirpe** evidenciada. Acolhido com efeito infringente” (TJPR – EDcl 1357999-2/01, 10-12-2015, Rel. Des. Mário Helton Jorge).

5 “**Inventário**. Decisão que indeferiu o plano de partilha apresentado pelos requerentes, sobrinhos-netos da *de cuius*, ante a não comprovação de inexistência de parentes mais próximos. **Direito de herança por representação** que se limita aos sobrinhos, nos termos do art. 1.840 do Código Civil. No caso dos demais colaterais, são excluídos os mais remotos pelos mais próximos. Irmãos da autora da herança, bem como sua sobrinha (mãe dos requerentes) não foram localizados, sendo citados por edital. Requerentes, portanto, ficam excluídos da sucessão, pois ainda não declarada a morte destes parentes mais próximos. Decisão mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do novo Regimento Interno deste Tribunal. Recurso desprovido” (TJSP – AI 0070608-09.2012.8.26.0000, 31-10-2012, Rel. Rui Cascaldi).

6 “Embargos de declaração em recurso especial – Direito das sucessões – Regime de bens – Separação Total – Pacto antenupcial – Cônjuge Sobrevivente – Herdeiro Necessário – Exe gese dos arts. 1.829, III, 1.838 e 1.845 do CC/2002 – Omissão não verificada – 1 – Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos aclaratórios na decisão que negou provimento ao regimental, afigura-se patente o intuito infringente da presente irresignação, que objetiva não suprimir a omissão, afastar a obscuridade ou eliminar a contradição, mas, sim, reformar o julgado por via inadequada. 2 – Embargos de declaração rejeitados” (STJ – EDcl-REsp 1.294.404 – (2011/0280653-0), 3-2-2016, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

7 “**Agravo de instrumento. Inventário**. Agravo interposto com o intento de que a ex-cônjuge e agravada resida em imóvel do espólio, evitando gastos com alugueres. Imóvel disponível localizado no mesmo prédio em que residem os demais herdeiros. Animosidade entre as partes. Embora a agravada tenha o direito real de habitação, resguardado no artigo 1.830, do Código Civil, as peculiaridades do caso em concreto viabilizam a medida tomada pelo juízo monocrático. Inexistência de prejuízo aos demais herdeiros, visto que os gastos com os alugueres serão posteriormente descontados da cota parte devida à agravada. Agravo desprovido” (TJPR – Acórdão Agravo de Instrumento 692.214-1, 25-5-2012, Rel. Angela Maria Machado Costa).

8 “**Agravo de instrumento – Inventário** – Agravante companheira do *de cuius* com o qual conviveu em união estável – Abertura do inventário por um dos herdeiros que se encontram na ordem de sucessão legítima – Nomeação do inventariante atendendo à ordem da vocação hereditária – agravante que se intitula com direito à inventariança e pleiteia a remoção do inventariante, bem assim como sua inclusão como herdeira e meeira – indeferimento da pretensão – decisão mantida – A companheira do *de cuius*, com quem conviveu em união estável, não pode ser adrede considerada herdeira e meeira dos bens deixados pelo seu companheiro, ainda que com ele convivente ao tempo do óbito. É que, por força da atração, no caso, dos artigos 1.614, II e 1.829-I, do Código Civil/02, e art. 258, § único, inciso II, do CC de 16, o regime vigente era o da separação total, *ex vi legis*. Em caso tal, somente será deferida a inclusão da companheira no inventário, na qualidade de meeira e herdeira, se provar, em processo próprio, quais os bens que foram adquiridos na constância da convivência comum, eis que apenas estes se lhe comunicam e não os demais bens, componentes do acervo hereditário e adquiridos anteriormente pelo *de cuius*. Pela mesma razão, não tem a companheira sobrevivente direito de ser nomeada inventariante, com destituição daquele que foi nomeado segundo a ordem de vocação hereditária (filho do *de cuius*), além do que não há elemento nos autos que indiquem que o inventariante nomeado teria praticado uma das situações descritas no artigo 995 do CPC. A despeito de não ser esse dispositivo exaustivo, há o interessado de demonstrar, de qualquer forma, o cometimento de atos, pelo inventariante, que comprometam a seriedade do encargo e o comprometimento dos bens do espólio, o que não é o caso. Recurso conhecido e improvido (Procurador de Justiça – Exmo. Sr. Dr. Ariadne de Fátima Cantú da Silva)” (TJMS – AG 2012.000427-0/0000-00, 9-4-2012, Rel. Des. Dorival Renato Pavan).

“**Sucessão** – União estável – Ordem da vocação hereditária – Habilitação de colaterais – Novo Código Civil – Lei aplicável – ‘Sucessão – União estável – Ordem de vocação hereditária. Agravo de instrumento contra a decisão do Juiz *a quo* que excluiu os agravantes, irmãos do falecido, da sucessão, por entender que o direito do cônjuge sobrevivente, portanto, a companheira, ora Inventariante, legítima e

única herdeira. O inciso III, do art. 1.790, CC, disciplina que, em havendo parentes sucessíveis, a companheira fará jus à terça parte dos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Os recorrentes são irmãos do *de cujus*, portanto, parentes sucessíveis, conforme art. 1.829, CC. Ademais, o inciso IV do art. 1.790 é claro ao deferir a totalidade da herança à companheira, somente para o caso de não existirem parentes sucessíveis. Portanto, a decisão deve ser reformada. Recurso provido, nos termos do voto do Desembargador Relator” (TJRJ – AGI 0043519-74.2010.8.19.0000, 13-1-2011 – Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo).

9 “Agravamento de instrumento – Irresignação em face a decisão que concedeu às agravadas a imissão na posse do imóvel objeto da lide. Cabimento. Mostra-se precipitada a determinação de imissão na posse às filhas do *de cujus*, notadamente porque se comprovada a união estável à convivente deverá ser reconhecido o **direito real de habitação**. Precedente do STJ. Recurso provido para determinar a revogação da imissão na posse” (TJSP – AI 2122743-22.2016.8.26.0000, 23-8-2016, Rel. James Siano).

10 O RE 878.694/MG discute a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC.

11 “Arrolamento – **União Estável** – Declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do CC – Adjudicação total da herança a favor da companheira – Aplicação ao companheiro sobrevivente das mesmas regras de sucessão aplicáveis ao cônjuge herdeiro (art. 1.829 do CC), em prejuízo dos herdeiros colaterais – Alegação, por parte dos herdeiros colaterais de 1º grau, de aplicabilidade do regime próprio da sucessão da união estável (art. 1.790, III, do CC) – Confirmação da existência da união estável – Inexistência de renúncia expressa dos herdeiros – Constitucionalidade do dispositivo – Compatibilidade com a norma do art. 226, § 3º, da CF – Companheiro que concorre com outros parentes sucessíveis, tem direito a apenas 1/3 da herança, relativamente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, reservada sua meação – Decisão reformada, reconduzido o agravante José Rodrigues Pereira à inventariança. Agravo provido” (TJSP – AI 2019384-61.2013.8.26.0000, 15-9-2016, Rel. João Carlos Saletti).

12 “Agravamento de instrumento – Inventário – Decisão que indeferiu habilitação dos agravantes nos autos como herdeiros – Agravantes que postulam habilitação no inventário por representação à genitora pré-morta, que era sobrinha da autora da herança – Herança que deve ser atribuída aos colaterais, cabendo direito de representação na linha transversal somente a filhos de irmãos – Agravantes que na qualidade de sobrinhos-netos da falecida não herdaram por representação – Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso” (TJSP – AI 2067228-02.2016.8.26.0000, 2-6-2016, Relª Christine Santini).

“**Ação declaratória de habilitação de herdeiro** – Cerceamento de defesa afastado – Prova da relação de parentesco – Sobrinha do falecido – Artigo 1.843 do Código Civil – Nulidade de registro por sentença transitada em julgado – Sentença mantida. 1. Verificando-se a possibilidade do julgamento antecipado da lide, diante da inutilidade da produção da prova testemunhal e do depoimento pessoal pleiteado pelos réus, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa. 2. Existindo prova efetiva de ser a autora a única herdeira legítima do *de cujus*, na forma do artigo 1.843 do Código Civil de 2002, na qualidade de sua sobrinha, deve ser mantida a sentença que reconheceu a procedência do pedido em ‘Ação Declaratória de Habilitação de Herdeiro’” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0433.09.278839-0/001, 1º-11-2012, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

“**Agravamento de instrumento** – Direito de sucessão – Decisão singular que destituiu inventariante (sobrinha-neta do *de cujus*), além de determinar a imissão de posse do imóvel em favor do agravado, novo representante (sobrinho do *de cujus*) – Arts. 1.840 e 1.853 do Código Civil – Parentesco na linha colateral – Parentes mais próximos que excluem os mais remotos – Direito de representação conferido ao sobrinho – Juízo que determinou a imissão na posse do imóvel, sem a fixação de prazo para desocupação – Necessidade de estipulação de prazo – Ofensa ao princípio da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana – Conhecimento e provimento parcial do recurso” (TJRN – AGI 2010.012408-8, 2-2-2011 – Rel. Des. Aderson Silvino).

8

HERDEIROS NECESSÁRIOS. PORÇÃO LEGÍTIMA. INALIENABILIDADE E OUTRAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS

8.1 RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE TESTAR. HISTÓRICO. FUNDAMENTO

8.1.1 Cálculo das Doações no Cômputo das Legítimas

8.2 RESTRIÇÕES QUE PODE SOFRER A LEGÍTIMA. A CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE

1.2.1 Conceito da Cláusula de Inalienabilidade

1.2.2 Espécies de Inalienabilidade

1.2.3 Efeitos da Inalienabilidade. Exceções

8.3 CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE

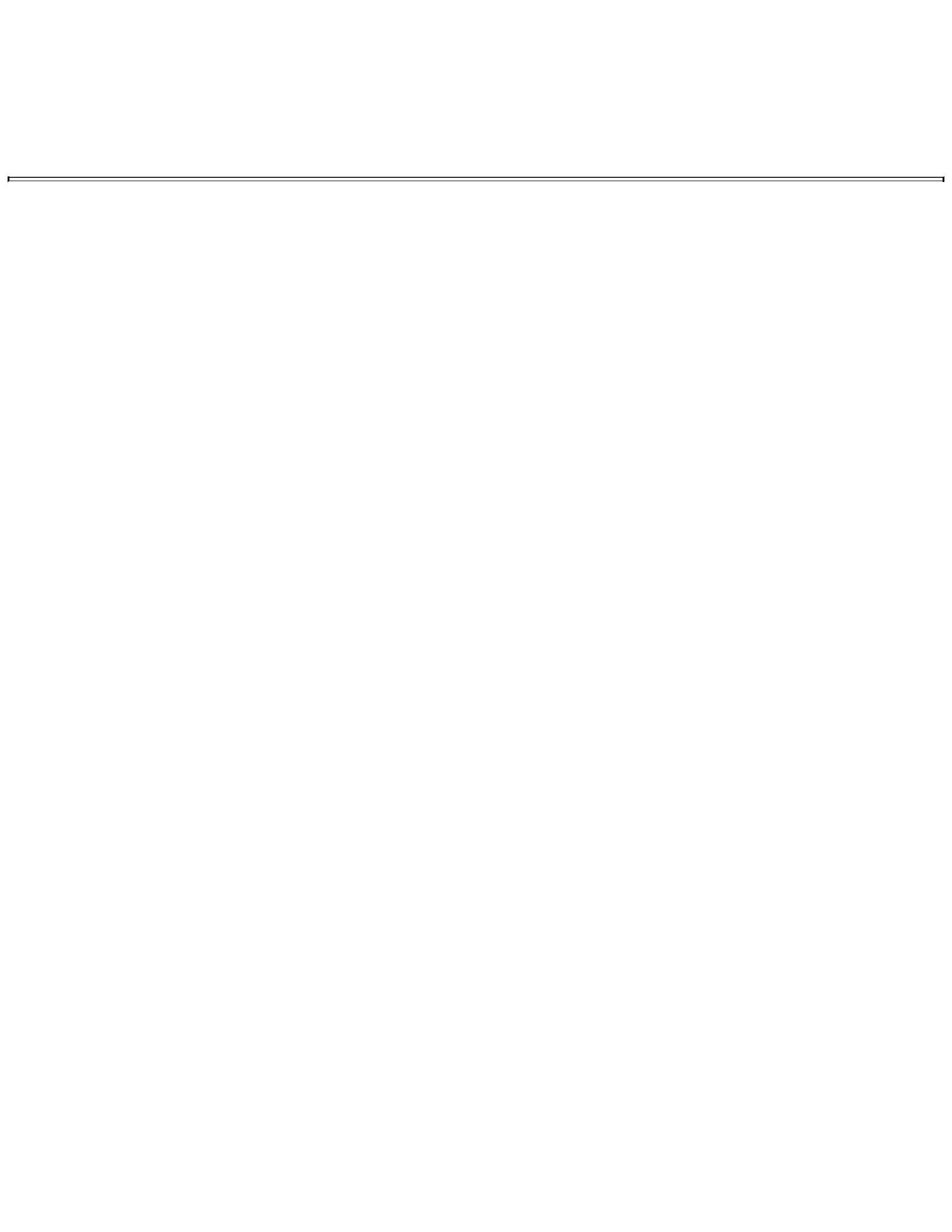
8.4 CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE

8.5 CLÁUSULA DE CONVERSÃO DE BENS DA LEGÍTIMA

8.6 CLÁUSULA DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS À MULHER HERDEIRA NO CÓDIGO DE 1916

8.7 SUB-ROGAÇÃO DE VÍNCULOS

8.8 CLÁUSULAS RESTRITIVAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002



TESTAMENTO

Apenas tecnicamente podemos dizer que a sucessão legítima, entre nós, é supletiva da sucessão testamentária. Já se tornou clássica entre nossos doutrinadores a afirmação consagrada por Washington de Barros Monteiro (1977, v. 6:95) de que “*para dez sucessões legítimas que se abrem ocorre uma única sucessão testamentária*”. Apesar do tempo decorrido, essa situação pouco se alterou, embora seja já percebida uma maior utilização desse instrumento. O tema, porém, não deixa de ser importante, talvez pelo fato de ser parca a jurisprudência entre nós, sem a necessária flexibilidade que só a reiteração de julgados proporciona.

As causas da utilização restrita do testamento em nosso meio estão, sem dúvida, afetas a fatores estranhos ao direito. A questão é principalmente sociológica. No entanto, ao lado das causas que comumente se apontam, tais como a excelência da sucessão legítima, como tendência natural dos titulares de patrimônio, ou o apego à vida, porque testar é se lembrar da morte, há o fato de que o excesso de solenidades do testamento, com o risco sempre latente de o ato poder sofrer ataques de anulação após a morte, afugenta os menos esclarecidos e mesmo aqueles que, por comodismo, ou receio de ferir susceptibilidades, não se abalam em pensar em disposições de última vontade. Inobstante, não se pode afirmar seja rara a sucessão testamentária. Não o é. Como todo fenômeno jurídico, adapta-se ao fato social, adequando-se ao momento histórico. Como o direito sucessório é corolário imediato da família e mediato do direito de propriedade, também a sucessão testamentária é consequência do posicionamento da família e da propriedade dentro do contexto legal, do ordenamento jurídico.

Com as modificações feitas pelo Código de 2002 na ordem de vocação hereditária, com o malévolo imbróglio criado pelo legislador, mormente no tocante à sucessão do cônjuge e do convivente, tendo também em vista o aspecto da reprodução assistida após a morte do pai ou da mãe, o testamento ganha nova força. O Código vigente, por outro lado, de certa forma facilitou a elaboração do testamento, simplificando suas formalidades.

Destarte, o direito testamentário deve voltar-se para as transformações que sofrem hoje a família e a propriedade, procurando a lei acompanhar agora os novos fenômenos sociais. Assim, sem esquecer do formalismo inerente ao testamento, invólucro que tem em mira validamente proteger a vontade do morto, esse formalismo deve ser adaptado à época do computador, para servir àquelas duas instituições, dinamizando-se as disposições do Código Civil já anacrônicas, hoje mero exemplo de academismo jurídico. Daí porque plenamente dispensável o excessivo número de regras para interpretar a linguagem testamentária, repetidas injustificadamente no atual Código.

De qualquer forma, não se pode negar que o testamento é um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois é nele que se revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada.

Primitivamente, o testamento não era conhecido. Como assevera Fustel de Coulanges (1957:114), o princípio, nas civilizações antigas, era de que toda propriedade estava ligada ontologicamente à família e, por meio da religião, não se podia afastar dela. Assim era no direito hindu e no direito grego. Na própria Roma, antes das XII Tábuas, que não são propriamente direito primitivo, a questão apresentava-se obscura. Mesmo na Lei das XII Tábuas, o trecho é por demais pequeno para uma visão de conjunto. Pelos textos dos compiladores posteriores, pôde-se saber que as formas normais de testamento eram as *calatiscomittiis* e a *in procinctu*. O *testamentumcalatiscomittiis* era feito por ocasião dos comícios, duas vezes por ano, em épocas especiais, sob a presidência do pontífice máximo, ocasião em que, com o povo por testemunha, cada pai de família podia manifestar sua última vontade. Essa forma era utilizada para os tempos de paz e caiu em desuso no século II a.C. O testamento *in procinctu* era feito perante o exército posto em ordem de combate, em tempo de guerra. Caiu em desuso no século I a.C.

Mais recente e dentro ainda do período pré-clássico, surgiu o testamento *per aese libram* (cerimônia com a balança e bronze) (*Institutas*, Gaio, 2,102). Quem não se tivesse utilizado das duas modalidades anteriores e temesse a morte entregava seu patrimônio (com alienação por preço fictício) a um amigo, por meio do negócio denominado *mancipatio*, dizendo o que desejava que este desse a cada um após sua morte. As duas formas anteriores, caindo em desuso, fizeram perdurar unicamente a do “bronze e da balança” (*Institutas*, Justiniano, 2,10). Não há dúvida de que a partir daí o testamento passa a ser o ato mais importante que um *pater familias* podia praticar como chefe do grupo familiar (Correia e Sciacia, 1953:374). De sua forma original, mais solene, também o *per aese libram* evoluiu para fórmulas menos complexas, tendo sido primeiramente oral, para após poder ser feito também mediante escrita. Esse testamento, utilizado desde os fins da república, chegou até os primeiros séculos do principado (Alves, 1971, v. 2:377) (ver nosso *Direito civil: parte geral*, seção 3, acerca das fases do Direito Romano).

Para evitar as múltiplas solenidades que ainda acompanhavam esse mais recente testamento, a extinção do formalismo proveio do trabalho dos pretores, e difundiu-se na prática o testamento pretoriano. No direito clássico, passa o pretor a admitir como testamento válido o escrito apresentado a sete testemunhas, ao qual estivessem apostos seus respectivos selos. Acentuam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (1953:375) que a evolução dessa nova forma de testamento não pode considerar-se completa senão a partir do século II d.C., quando foi permitido ao *bororum possessor secundum tabulas* repelir com a *exceptiodoli* a pretensão do herdeiro legítimo e, em certos casos, até a do instituído por força de um testamento civilmente válido (a *exceptiodoli* é uma forma de defesa).

É, finalmente, no Baixo Império ou período pós-clássico que vão surgir de molde embrionário as formas de testamento que chegaram até nós. Aí estão os testamentos privados (derivados do *per aese*

libram e do testamento pretoriano, sem participação de agente do Estado) e testamentos públicos, surgidos nessa fase histórico-jurídica. Entre os testamentos particulares, incluem-se o nuncupativo (à beira da morte), o hológrafo (particular) e o *tripertitum*, assim denominado porque decorre da fusão do direito civil antigo, do direito pretoriano e das constituições imperiais (*Institutas*, Justiniano, 2,10,3).

Entre os testamentos públicos, temos então o *principioblatum*, pelo qual o testador apresentava ao príncipe seu ato de última vontade, que era confiado ao poder público para arquivá-lo, e o *apud acta conditum*, que nada mais era do que a declaração de última vontade do testador ao juiz ou autoridade municipal, que a reduzia a termo (Alves, 1971, v. 2:379). Delineiam-se, pois, nessa fase, as formas de testamento utilizadas até hoje.

Também foram conhecidas no Direito Romano as formas anormais de testamento, tais quais as reconhecem os códigos modernos, como o testamento militar, o testamento em tempo de peste (*testamentumpestis tempore*) e o testamento rurícola, para o meio rural (*ruri conditum*).

Em Roma, como já acenado, o herdeiro era continuador da personalidade do morto, dentro da família, e do culto dos antepassados. Por isso, não se admitia o recebimento do patrimônio que não fosse íntegro: não podia o testador dispor de apenas parte de seus bens; se assim o fizesse, o aquinhado viria a herdar todo o patrimônio. Daí a razão do brocardo já referido *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*. A única exceção a tal regra era para o testamento dos militares. Impossível, então, a convivência das duas formas de sucessão: a testamentária e a legítima.

Não foi, entretanto, o testamento romano recebido na forma originária pelas legislações modernas. Na Idade Média, inclusive, sua função achava-se praticamente extinta, servindo apenas para fazer legados *pios pro bono et remedio animae* (Nonato, 1957, v. 1:75). Tornou-se costume deixar sempre algo para a Igreja. O falecido que disso se olvidava era logo socorrido pelos herdeiros, que supriam “a falta”. Esse costume, contudo, teve o eficaz resultado de fazer os povos bárbaros assimilarem a noção de testamento, à qual eram totalmente avessos. Entre os germanos, o testamento difundiu-se lentamente por influência da Igreja. Em Portugal, as Ordenações Afonsinas aceitaram e adotaram a noção romana de testamento, assim também a compilação filipina.

Desse modo, antes do Código Civil de 1916, as formas testamentárias, segundo as ordenações filipinas, eram: o testamento aberto ou público, feito por tabelião; o testamento cerrado, com o respectivo instrumento de aprovação; o testamento feito pelo testador (particular) ou por outra pessoa e o testamento *per palavra* (nuncupativo), com a assistência de seis testemunhas. Segundo Itabaiana de Oliveira (1987:153), a tais espécies de testamento, pertencentes à compilação filipina, os civilistas acrescentaram: o testamento marítimo, o testamento *ad pias causas*, o testamento *interliberos*, o testamento *rurefactum*, o testamento *pestis tempore* e o testamento conjuntivo ou de mão comum, todos revigorados do Direito Romano do Baixo Império.

Nosso Código Civil de 1916 instituiu os testamentos público, cerrado, particular, marítimo e militar, tendo admitido o nuncupativo apenas como forma de testamento militar e abolindo, assim, as demais formas. Não se admite expressamente o testamento conjuntivo ou de mão comum. O Código de 2002

apenas acrescenta a possibilidade do testamento aeronáutico, como forma especial, mas cria uma expressiva modalidade de testamento particular excepcional, com mínima formalidade (art. 1.879).

Repetimos com firmeza que não é de boa técnica o legislador usar de definições. Todavia, dada a necessidade de segurança e certeza máximas para a eficácia e validade do negócio jurídico, de maneira geral, todas as legislações definem o que seja *testamento*.

No Direito Romano, como lembra Moreira Alves (1971, v. 2:373), encontramos duas definições de testamento: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valent* (O testamento é o testemunho justo de nossa mente feito de forma solene para que valha depois de nossa morte) (Ulpiano) (*Libersingularis regularum*, XX, 1). *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (O testamento é a justa expressão de nossa vontade a respeito daquilo que cada qual quer que se faça depois de sua morte) (Modestino D., XX-VIII, 1,1). As expressões latinas não perdem a perenidade.

Nosso Código de 1916, no art. 1.626, dizia: “*considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte*”. Em nosso caso, a definição de um instituto é exceção no sistema jurídico, não sendo isenta de críticas. Washington de Barros Monteiro (1977, v. 6:101) qualifica de “*manifestamente defeituosa essa definição por não mencionar as disposições de caráter não patrimonial que podem constar dos atos de última vontade*”. O Código de 2002 atendeu a essa crítica, suprimindo a definição e dispondo no art. 1.857, § 2º, que “*são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado*”.

Como veremos, embora a finalidade precípua do testamento seja dispor dos bens para após a morte, pode o ato conter disposições sem cunho patrimonial, como o reconhecimento de filiação, a nomeação de um tutor ou curador, a atribuição de um título honorífico.

A omissão, na definição, acerca das disposições patrimoniais no Código de 1916 não era só nossa. Os códigos estrangeiros também a elas não se referem. Exceção é o moderno Código Civil português, que define em seu art. 2.179:

“Diz-se testamento o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. As disposições de caráter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um ato revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de caráter patrimonial.”

Nossa definição legal do diploma anterior também omitia ser o testamento ato pessoal, na verdade personalíssimo, unilateral, solene e gratuito. Como vemos, é impossível encontrar a definição perfeita, mormente na ciência jurídica. Dessa forma, não importam muito as definições legais, se a lei menciona os caracteres constitutivos do testamento.

O atual Código preferiu não definir o instituto, atendendo às críticas da doutrina. E agiu bem, à semelhança dos códigos suíço e alemão. Estando a noção solidificada, não há necessidade de definição na lei, não se perdendo, com isso, a certeza e segurança das relações jurídicas emergentes do testamento. O art. 1.858 enfatizou que o testamento é ato personalíssimo, podendo ser modificado a qualquer tempo.

Como é manifestação de vontade destinada à produção de efeitos, o testamento é um negócio jurídico, com efeito *mortis causa*. Como afirmamos em *Direito civil: parte geral*, Capítulo 20, quando o ato busca produzir determinado efeito no campo jurídico, estamos diante de um negócio jurídico. É aí justamente que repousa a autonomia da vontade, fundamento do Direito Privado.

Como afirma Ruggiero (1973, v. 3:145), “*é única a declaração de vontade que lhe dá vida, a do testador*”. A aceitação por parte do herdeiro ou do legatário não tem o caráter receptício do direito contratual. Essa manifestação de vontade, expressa após a morte do testador, não tem a função de completar o negócio jurídico, que se fez pela simples vontade do testador. A manifestação do aquinhado, ao aceitar ou repudiar a herança ou legado, também é unilateral e independente.

Lembre-se, como faz Caio Mário da Silva Pereira (1984, v. 6:130), de que a distinção será bem nítida se se recordar que a aceitação nula não vicia o testamento. Como corolário desse princípio, não é permitido o testamento no qual participem duas ou mais pessoas (conjunto ou recíproco). Nada diz contra isso o fato de a cédula testamentária poder ser redigida por outrem (como no testamento secreto em que se permite que outrem o faça a rogo do testador, art. 1.868; antigo, art. 1.638, I), ou com a assistência de terceiros, tal como um advogado. O que importa é que a conclusão testamentária seja a do testador, sem condução da vontade que a vicie. “*Nada impedirá, entretanto, haja sido essa vontade consciente e livre despertada ou suscitada por lembranças, apelos ou invocações de terceiro*” (Nonato, 1957, v. 1:105). O art. 1.864, I, do presente Código permite expressamente que o testador se valha de minuta, notas ou apontamentos, o que nunca se duvidou no regime anterior. Se, porém, existir vício na vontade do testador, o negócio jurídico situa-se na sede de anulação. O exame da prova, quando é alegado vício de vontade do autor da herança, deve ser colhido e sopesado com a máxima cautela.

Os efeitos do negócio principiam unicamente após a morte do testador. Seja qual for o momento em que a vontade tenha sido emitida, é sempre a vontade extrema do testador, *sua última vontade*, por maior que tenha sido o intervalo entre a manifestação volitiva e sua eficácia. Será sempre última vontade, ainda que o testador a tenha praticado no final de sua adolescência e venha a morrer em idade provectora. Como veremos, porém, disposições não patrimoniais poderão produzir efeito de imediato, como o

reconhecimento de um filho (mormente no sistema atual, quando já não se faz distinção entre as origens da filiação).

Diz-se, também, que a vontade testamentária é *ambulatoria*, como referido a seguir, pois sempre haverá possibilidade de o ato de última vontade ser revogado ou alterado, enquanto vivo e capaz o testador.

A possibilidade de revogá-lo é elemento básico do instituto. Tanto que é nula qualquer disposição que vise eliminar a revogabilidade do ato de última vontade, não se admitindo, pois, renúncia à liberdade de revogar. *Ambulatoria est voluntas defunctusque ad vitae supremum exitum* (*Digesto*, Livro 34, IV, fr. 4). O Direito Romano considerava a vontade do testador ambulatoria, isto é, acompanhando-o a todo momento, até a morte. A definição legal de 1916 traz a revogabilidade, dando ênfase a sua essencialidade.

Permitido que fosse derogar-se a liberdade de revogar, estar-se-ia abrindo perigosa válvula de instabilidade nas relações jurídicas e desvirtuando-se a finalidade do testamento. Uma cláusula de tal teor não invalida o testamento, mas reputa-se como inexistente, ineficaz ou não escrita.

Afirma A. Cicu (1954:19) que a razão política da revogabilidade é evidente: como a disposição é para depois da morte, não há razão para que até lá se impeça que a vontade seja alterada. Existe ainda o princípio axiomático de que vontade alguma se deve vincular a si mesma, mesmo porque nenhum direito nasce antes da morte.

Por isso, a chamada cláusula derogatória (permitida no direito intermédio) visaria a uma segurança apenas aparente do testamento. Se o objetivo era garantir a vontade do testador contra qualquer forma de coação posterior para anular o testamento prévio, igualmente poderia ter havido vício de vontade na elaboração daquele mesmo testamento.

Contudo, mesmo essencialmente revogável, disposições não patrimoniais podem não sê-lo, como o reconhecimento de filhos.

A manifestação de vontade contida em um testamento deve ser efetivada por meio de formalidades determinadas na lei. Tais formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador, bem como cercar de respeito o ato. São, pois, solenidades *ad substantiam* e não meramente *ad probationem* (se bem que certos autores não admitem tal diferenciação entre nós). Há nulidade absoluta no ato quando as formalidades não são seguidas fielmente (Colin e Capitant, 1934:907).¹

Há sutil diferença entre formas e formalidades. O testamento tem três formas ordinárias: público, particular e cerrado. Cada uma dessas formas tem suas próprias formalidades descritas na lei. Como lembra Orosimbo Nonato (1957; v. 1:198),

“com o afirmar ser o testamento ato formal e solene a proposição se enuncia de ser ele eficaz somente se toma uma das formas expressamente admitidas na lei e guarda, pontualmente, todos os requisitos essenciais determinados para cada uma das formas admitidas”.

Como a preterição de qualquer formalidade torna o negócio nulo, deve o juiz pronunciá-la de ofício, ainda que não haja arguição dos interessados. Se os interessados decidem cumprir espontaneamente a vontade do testador, tal não decorre do ato *causa mortis*, mas se constitui em um ato entre vivos, que só se torna possível após a atribuição da herança da forma legítima, não se cumprindo o testamento nulo.

Como vimos, o Código de 2002 realça esse aspecto, juntamente com o da revogabilidade (art. 1.858). O ato há de ser elaborado unicamente pelo testador. Vimos que, apesar de gravitarem opiniões, sugestões ou minutas em torno dessa vontade testamentária, isso não lhe retira tal característica. Não se admite a interferência de outra vontade. Por isso, não pode ser elaborado por mandatário. Não pode ser coletivo (conjunto, recíproco ou simultâneo). Duas pessoas, porém, podem testar em atos diferentes sobre bens comuns, ainda que concomitantemente. Aí teremos, porém, dois testamentos. A espontaneidade da manifestação de vontade desapareceria no testamento conjuntivo ou recíproco, porque uma vontade estaria influenciando em outra. Também a liberdade de revogar, nesses casos, ficaria seriamente comprometida porque o acordo de fazer testamento suporia o acordo de não modificá-lo (Cicu, 1954:25).

Daí porque o Código, no art. 1.863 (antigo, art. 1.630), aboliu todas as formas de testamento conjuntivo.² Esclareçamos que testamento conjuntivo é aquele em que participa mais de uma pessoa. O Código refere-se, na proibição, às formas conjuntivas de testamento simultâneo, recíproco ou correspectivo. Simultâneo é aquele em que num mesmo instrumento participam mais de uma pessoa. Correspectivo é aquele que, lavrado em um instrumento, possibilita a deixa aos testadores ou a um terceiro, mediante condições mútuas. Recíprocos são aqueles em que um e outro se atribuem bens, um em favor de outro. Se existe mera coincidência temporal na lavratura de dois testamentos, não podemos incluí-los na proibição legal. A mancomunação tem que ser necessariamente material, a fim de tratar de um único instrumento, outorgado por duas ou mais pessoas (Fassi, 1970, v. 1:22). Se há mais de um instrumento, a nulidade pode decorrer de outras causas, ou vícios de vontade, mas não dessa dicção legal.

O Código italiano, a exemplo de nosso Código de 2002 e do Código português, refere-se às disposições não patrimoniais do testamento, dizendo o art. 587 do código peninsular:

“As disposições de caráter não patrimonial, que a lei autoriza estejam contidas em um testamento, têm eficácia, se contidas em um ato que possua a forma de testamento, mesmo que ausentes disposições de caráter patrimonial.”

Já vimos que na definição do Código português há disposição semelhante. Apesar de nosso Código de 1916 ter sido omissivo a respeito de tais disposições, nunca se lhes negou validade.

Eduardo Zannoni (1974, v. 1:183), analisando a questão no direito argentino, aplicável ao nosso, expõe:

“As disposições que pode conter o testamento não revestem necessariamente o caráter patrimonial. Mediante testamento o testador pode limitar-se a reconhecer filhos extramatrimoniais.”

Prossegue o autor argentino, sintetizando o conteúdo do testamento:

“a) disposições não patrimoniais: reconhecimento de filhos ilegítimos, nomeação de tutores ou curadores, direitos inerentes à personalidade como doação de órgãos do corpo humano etc.

b) disposições patrimoniais:

- 1. instituição de sucessores (herdeiros ou legatários);*
- 2. disposições sobre o modo de operar-se a transmissão: partilha, imposição de cláusulas restritivas (inalienabilidade, incomunicabilidade etc.), nomeação de testamenteiro etc.;*
- 3. disposições indiretas sobre os bens: dispensa de colação, deserdação, revogação de testamento anterior ou sua complementação etc.”*

Evidentemente, são as disposições patrimoniais a principal finalidade do testamento (mais especificamente a instituição de herdeiros e legatários). Pergunta-se, então, como se devem reger as disposições não patrimoniais? Devem submeter-se às mesmas formalidades de suas respectivas categorias ou submetem-se aos rigores do testamento?

Melhor entender, principalmente porque nada impede, que tais disposições subordinem-se às formalidades a elas próprias inerentes, não se submetendo ao total de formalidades do testamento. Assim é que, nulo um testamento por vício de forma, não será nulo o reconhecimento de filiação, se para esse reconhecimento seus pressupostos foram atendidos,³ mesmo porque a lei admite começo de prova por escrito para tal reconhecimento (art. 1.605, I), e um testamento nulo por vício de forma é muito mais que isso. Já não podemos dizer o mesmo se o testamento foi obtido mediante coação, em que se examinará a divisibilidade da coação. Pode suceder que o testador tenha sofrido coação de ordem exclusivamente patrimonial, que nada tem a ver com o reconhecimento de filho. Por igual modo, não se submetendo o reconhecimento de filiação aos parâmetros do testamento, ao mesmo também não se submete a revogação por testamento ulterior. Nesse sentido nossa jurisprudência:

“Nos termos do art. 1.626 do CC o testamento é ato revogável, mas somente no que toca à disposição do patrimônio. Assim, se o testador, em disposição de última vontade, reconhece filiação ilegítima sua, estará confessando esse fato, não podendo torná-lo nenhum com só a revogação do mesmo testamento” (RT 469/216).

O vigente Código, como vimos, preferiu ser expresse sobre essa situação. Frisemos que, mesmo

sendo disposições de ordem não patrimonial, devem elas ter cunho jurídico. Meras exortações, demonstrações de afeto ou de ódio, inseridas no ato podem, quando muito, servir como adinículo na interpretação da vontade testamentária. Portanto, como as disposições patrimoniais são sempre revogáveis, pela natureza do testamento, aquelas não patrimoniais geralmente não o são, pois dependem de sua própria origem.

Patrimoniais ou não as disposições testamentárias, o ato é de natureza gratuita. Não se impõe ao beneficiado qualquer contraprestação. O encargo imposto no legado não lhe tira tal característica. Da mesma forma, a doação com encargo não perde o caráter de liberalidade. A gratuidade é própria de uma vontade que se manifesta de per si, totalmente isolada. Ainda que o testador aquinhoe alguém, impondo a este o encargo de pensionar terceiro, tal não se converte em contraprestação. Note que o herdeiro não pode responder pelas dívidas que superem o valor da herança, de acordo com a aceitação sob benefício de inventário. Se, mesmo fazendo o inventário, o herdeiro vem a solver dívidas do espólio, estará cumprindo um dever moral, quiçá uma obrigação natural, mas não uma obrigação civil. O testamento não pode criar para o herdeiro ou legatário uma obrigação. Não se pode constituir em fonte de obrigações, embora existam obrigações que surjam de atos unilaterais. Os sucessores *causa mortis* não são devedores dos credores do morto; o espólio, sim, o é. Daí porque a necessidade de se provar a divisão de patrimônios com o inventário.

¹ “Abertura, registro e cumprimento de testamento – **Testamento particular** – Ausência de requisitos essenciais previstos nos arts. 1.876 e 1.878 do Código Civil – Depoimentos contraditórios – Testemunhas que não presenciaram a leitura do testamento, não informando quem o fez – Testadora impossibilitada de falar à época dos fatos – Sentença Mantida – Recurso desprovido” (TJSP – Ap 0002345-17.2014.8.26.0076, 18-8-2016, Rel. J. B. Paula Lima).

“**Apelação** – Cumprimento de testamento particular – Ausência de assinaturas das testemunhas – Requisito essencial ao ato e pressuposto para o reconhecimento da autenticidade do testamento e a capacidade do testador – Inteligência do artigo 1.876, § 2º do Código Civil – Indeferimento do requerimento de registro e cumprimento do testamento. Decisão Mantida. Recurso Improvido” (TJSP – Ap 0609853-34.2007.8.26.0100, 23-6-2014, Rel. Egidio Giacoia).

“**Apelação cível – Direito das sucessões** – Ação de declaração de última vontade com pedido de abertura de inventário – Testamento de emergência – Impossibilidade – Descumprimento das formalidades essenciais à validade do ato jurídico – Inteligência dos arts. 1.879 e 166, IV, ambos do Código Civil – Recurso conhecido, mas desprovido – Sentença confirmada – 1 – O Código Civil estabelece, em seu art. 1.879, que, em situações excepcionais, poderá o testador, de próprio punho, assinar testamento particular, o qual poderá ser confirmado, a critério do juiz. 2 – No caso destes autos, o declarante teria firmado o referido instrumento, sem a presença de qualquer testemunha, antes de adentrar ao hospital para realização de cirurgia, sendo certo, por outro lado, que o óbito somente ocorreu depois de passados mais de três anos da assinatura da manifestação de última vontade, circunstância que, por si, desnatura o adjetivado testamento de emergência, porquanto não confirmado posteriormente, em tempo razoável, pelo sobrevivente do ato cirúrgico ou não demonstrada a incapacidade de fazê-lo em conformidade com o rito adequado. 3 – Apelo conhecido, mas desprovido, em perfeita consonância com o parecer ministerial” (TJCE – Acórdão 0008316-11.2010.8.06.0001, 10-5-2012, Rel. Francisco Auricélio Pontes).

“**Embargos de declaração** – Recurso especial – Direito civil – Ação de anulação de testamento público – Formalidades legais – Prevalência da vontade do testador – Reexame de prova – Impossibilidade – Súmula 7/STJ – Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada – Honorários advocatícios – Modificação em razão da reforma da sentença de procedência – Possibilidade – Ausência de

ofensa aos arts. 460 e 515 do CPC – Ausência de omissão ou obscuridade no acórdão embargado – Embargos de declaração rejeitados” (STJ – EDcl-REsp 753.261 – (2005/0085361-0), 9-5-2011 – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“**Sucessões.** Testamento público. Anulação/revogação parcial de testamento. Ação proposta por curador da testadora (interditada), para o fim de declarar a invalidade de cláusula que beneficiou a apelada. Extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, CPC). O testamento é ato personalíssimo (art. 1.858 do CC/02), não comportando a utilização de mandato ou intervenção de terceiros nos atos de disposição. Possibilidade de ser revogado a qualquer tempo pelo testador, antes de sua morte, pela mesma forma e modo como foi feito (CC, art. 1.969). Hipótese em que a testadora, quando ainda em perfeitas condições mentais, beneficiou a apelada com parte de seu patrimônio, mediante cláusula de condição resolutive. Não cumprida a condição imposta, a legatária nada receberá, reservando-se o bem testado aos parentes mencionados na cláusula testamentária, resolvendo-se no momento oportuno. Apelação desprovida” (TJRS – Acórdão Apelação Cível 70016670580, 5-10-2010 – Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos).

2 “Apelação cível – **Testamento conjuntivo simultâneo** – Ato jurídico defeso em lei – Por força do art. 1.630 do CCB/1916 ou do vigente art. 1.863 do CCB/2002, tem-se que o chamado ‘testamento conjuntivo simultâneo’, em que os testadores em um só ato legam, em conjunto, seus bens, é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico e nulo desde a declaração de vontade das partes, pouco importa se instrumentalizado em escritura pública ou não” (TJMG – AC 1.0672.13.013208-3/001, 8-3-2016, Rel. Peixoto Henriques).

“**Apelação cível** – Pretensão de registro e cumprimento de testamento público – Reconhecimento da nulidade do ato de disposição de vontade – Afronta ao art. 1.863 do Código Civil – Testamento realizado pelo pai da autora juntamente com a sua esposa, em proveito de terceiros – hipótese de testamento conjuntivo simultâneo – prática expressamente vedada pela lei substantiva – proteção ao caráter personalíssimo e unilateral da manifestação de última vontade – situação que não conserva a liberdade de dispor do patrimônio individual e de redigir, modificar ou revogar as disposições testamentárias – nulidade bem reconhecida pelo juízo singular – exegese do art. 166, inc. VII, do Código Civil – A vontade de cada um, como ato personalíssimo que é, atuando como meio de deliberação testamentária, deve ser disposta através de instrumento próprio e individual, sendo vedada a prática dos pactos sucessórios, na exata interpretação da norma inscrita no art. 1.863 do Código Civil, que proíbe expressamente o testamento conjuntivo, seja ele simultâneo, recíproco ou correspectivo. Prazo quinquenal previsto no art. 1.859 do Código Civil não consumado – lapso temporal estipulado para viabilizar a impugnação de validade do testamento – termo inicial – data do registro do testamento após o óbito do testador – contagem do prazo que sequer iniciou na hipótese enfocada – “Somente após a abertura da sucessão e da apresentação do testamento ao Juiz, com o atendimento das disposições dos arts. 1.128 e 1.133 do CPC, é que deve ocorrer o prazo quinquenal” (IMHOE, Cristiano. *Código Civil Interpretado*. 5 ed. Florianópolis: Publicações Online, 2013). Cumprimento dos requisitos insculpidos no art. 1.864 da lei civil que não elide o reconhecimento da nulidade. Recurso conhecido e desprovido” (TJSC – AC 2014.090457-4, 25-6-2015, Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber).

“**Embargos infringentes em apelação cível.** Ação de anulação de testamento. Documento não caracterizado como mera ratificação de doação anterior para fim de dispensa da colação de bens. Impossibilidade de lavratura de testamento conjuntivo. Nulidade reconhecida. Recursos desprovidos” (TJSC – EI 2011.058813-7, 9-3-2013, Rel.^a Des.^a Subst.^a Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt).

“**Ação declaratória de nulidade de testamento** – Termo *a quo* para contagem do prazo decadencial – Falecimento do testador – Registro decorrente de sentença – Decadência não configurada – **Testamento conjuntivo** – Vedação legal – Nulidade – I – A contagem do prazo decadencial só tem início após o registro do testamento, o que ocorre após o falecimento do testador. II – Discutir a anulação do testamento, somente após a morte do testador com o processamento e registro do testamento é regra que evita a discussão sobre a herança de pessoa viva (‘pacta corvina’), poupando, em vida, o testador. III – Tanto o código civil de 1916, quanto o atual de 2002, proíbem o testamento conjuntivo, ou seja, com mais de um autor. Apelação cível conhecida e provida. Sentença reformada” (TJGO – Acórdão 201091959870, 28-2-2012, Rel. Des. Norival Santome).

3 “**Anulatória de testamento público** – Sentença de procedência – Inconformismo dos requeridos – Conjunto probatório contundente quanto à incapacidade da testadora ao ato de última vontade, que beneficiou os requeridos – Descumprimento à formalidade legal (CC, art. 1.865) – Assinatura a rogo por testemunha que não instrumentária – Sentença mantida – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça – Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido – Recurso não provido” (TJSP – Ap 0027392-39.2011.8.26.0224, 17-2-2016, Rel. Fábio Quadros).

“Apelação cível – Sucessão – Ação de anulação de testamento público. **Formalidades legais.** Rigor. Abrandamento. Vícios formais que não comprometem a higidez da disposição de última vontade. Inexistência de prova robusta que comprove a incapacidade da extinta no momento da feitura do testamento. Sentença reformada. Apelo provido. 1 – Testamento é um ato solene e, como tal, deve, em princípio, submeter-se a várias formalidades, sob pena de nulidade; 2 – Todavia, esse rigorismo formal não deve ser levado ao extremo, de maneira a se sobrepor à vontade real manifestada pelo testador; 3 – O fato de ter servido de testemunha pessoa que trabalhava na

serventia à época da lavratura do testamento não se consubstancia em fato capaz de contaminar o objetivo precípua do instituto; 4 – O autor não logrou demonstrar de forma cabal a incapacidade da testadora, de modo a afastar a presunção de validade do instrumento público firmado por tabelião; 5 – Sentença reformada; 6 – Apelo conhecido e provido” (TJCE – Acórdão 0137379-60.2008.8.06.0001, 16-2-2012, Rel. Francisco Lincoln Araújo e Silva).

CAPACIDADE DE TESTAR E CAPACIDADE DE ADQUIRIR POR TESTAMENTO

10.1 CAPACIDADE DE TESTAR (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA)

.0.1.1 Incapacidade em Razão da Idade

.0.1.2 Incapacidade por Falta de Discernimento ou Enfermidade Mental

.0.1.3 Diferença entre Incapacidade de Testar e Vícios de Vontade

.0.1.4 Surdos-mudos

10.2 SOBRE OUTRAS INCAPACIDADES

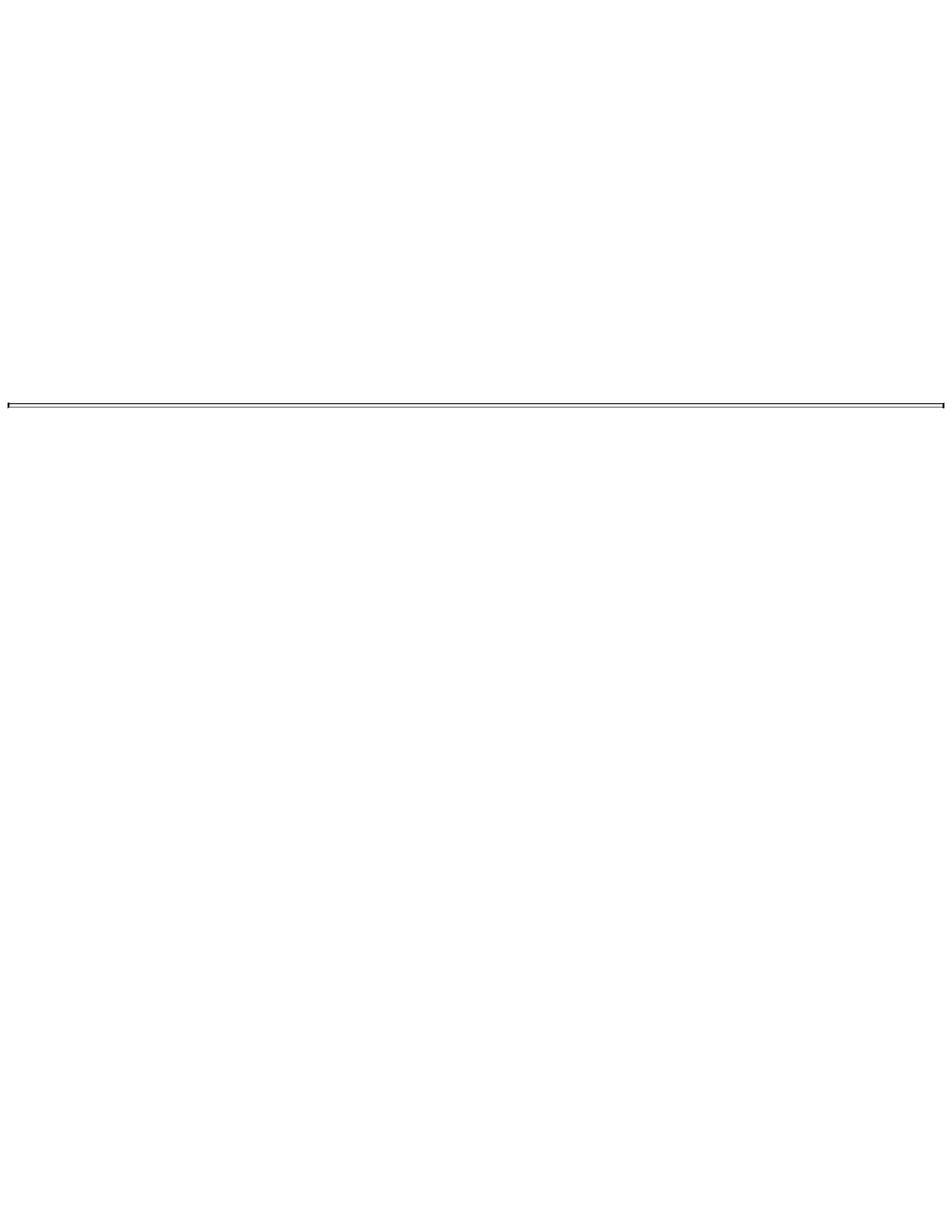
10.3 CAPACIDADE DE ADQUIRIR POR TESTAMENTO (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA)

.0.3.1 Situação do Nascituro

.0.3.2 Atribuição Testamentária à Prole Eventual

10.4 INCAPACIDADE RELATIVA OU FALTA DE LEGITIMAÇÃO PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO

10.5 SIMULAÇÃO DE CONTRATO ONEROSO E INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS



FORMAS DE TESTAMENTO. TESTEMUNHAS. CODICILOS

Já vimos que o testamento é ato solene. Juntamente com o instituto do casamento, forma um dos atos mais solenes de nosso direito privado. Portanto, para que o negócio jurídico valha e ganhe eficácia, há necessidade de que sejam obedecidas as formalidades descritas na lei, para cada espécie de testamento. A solenidade existente nas formas, que se exteriorizam perante testemunhas, constitui a garantia extrínseca do ato. Tudo que é formal e solene, sempre que se busca certa pompa e ostentação, não só no Direito, mas em qualquer atividade social, ganhar o respeito da sociedade. Há ponderável tendência, hoje, de se abandonar o formalismo, em prol de uma dinâmica maior das relações sociais. É fato que, modernamente, o excesso de formas torna-se um anacronismo e um empecilho ao desenvolvimento. Contudo, certos atos representam para o indivíduo, e falando agora de nosso direito privado, um momento de tal modo importante em sua vida que a forma prescrita em lei aumenta a solenidade, não só para manter o ato sob respeito da sociedade (e esta não deve ser considerada uma justificação exclusivamente jurídica, porém histórica e sociológica), mas também para assegurar a espontaneidade, autonomia e validade da manifestação de vontade. Assim, a solenidade é exceção; a lei só a torna presente para essa classe de atos. Aí o formalismo é inafastável. É o que ocorre com o testamento.

“A ordem jurídica torna-o soleníssimo rodeando-o de exigências que na Antiguidade eram sacramentais, e no direito moderno assumem a qualificação de requisitos ad substantiam” (Pereira, 1984, v. 6:148).

Já nos referimos na obra de abertura desta série (*Direito civil: parte geral*, Cap. 1) a que o Direito, para atingir o objetivo de fixar normas de conduta, joga com predeterminações formais, isto é, descreve na lei determinado comportamento, o qual, para determinado fim, deve ser obedecido. Trata-se do conceito de *tipicidade*. Quando há necessidade de maior segurança na aplicação da lei, a tipicidade é estrita, como no Direito Penal: não há crime sem que o fato seja descrito na lei como tal.¹ Em nosso campo privado, a lei também impõe condutas típicas, mais ou menos formais. Assim, só existe testamento válido se elaborado de acordo com o descrito na lei. Qualquer outra forma de disposição de patrimônio *causa mortis* será *atípica*. Por conseguinte, não pode valer como testamento uma escritura pública, ou uma missiva, ainda que registrada em cartório, porque carecem tais atos de tipicidade.

Sob o manto da solenidade, o legislador protege a manifestação de vontade do testador, sua autonomia, diminuindo as possibilidades de pressões físicas ou psíquicas. Carreiam para a mente do testador a importância e seriedade desse ato que ganhará força tão só quando ele não mais estiver

presente para defender a vontade que expressou. Por outro lado, os terceiros atingidos pelo ato terão perante si a garantia da forma. Portanto, nosso Direito impõe certas formas testamentárias nem sempre coincidentes com as legislações estrangeiras, cujas formalidades não podem ser dispensadas, sob pena de nulidade do negócio (art. 145, III). A nulidade, como é básico, deve ser decretada de ofício pelo juiz.

É importante fixarmos que não se combinam as várias modalidades. As formalidades de cada tipo de testamento são estanques. Portanto, se inválido um testamento cerrado, porque não foi atendida uma sua formalidade, não pode valer o instrumento como outra forma de ato de última vontade, como testamento particular, por exemplo. Não é permitida forma híbrida de testamento.

Já nos referimos, no Capítulo 9, sobre a impossibilidade de se testar conjuntamente, quer sob a forma recíproca, simultânea ou correspectiva. A lei não quis correr o risco de atentar contra a autonomia da vontade testamentária e sua característica personalíssima.

Nosso Código descreve três formas ordinárias e tradicionais de testamento: público, cerrado e particular. Essas formas podem, afora algumas incapacidades já estudadas (cegos, surdos-mudos), ser utilizadas por qualquer pessoa, em qualquer momento de sua vida. Cada uma dessas formas apresentará vantagens e desvantagens e a escolha cabe exclusivamente ao interessado.

Os testamentos especiais, marítimo, aeronáutico e militar, são formas excepcionais de testar. Existe ainda, dentro do testamento militar, a forma nuncupativa. São testamentos de existência transitória, de pouquíssimo alcance prático. No entanto, o vigente Código permite que o testamento particular possa ser elaborado em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, sem testemunhas, desde que elaborado de próprio punho pelo testador (art. 1.879). Esse testamento poderá ser confirmado “*a critério do juiz*”. Nessa modalidade, que apresentará elevado risco de fraude, conforme comentaremos, poderá fazer-se presente o testamento nuncupativo, que ora se integra a nosso ordenamento.

Há ainda uma forma restrita de dispor *causa mortis*, que é o *codicilo*, um ato simplificado que serve para dádivas de pequena monta.

Não há outras formas testamentárias permitidas, apesar de o art. 1.887 afirmar que não há outros testamentos “especiais”, além dos enumerados no Código. Isto ocorre porque o direito anterior admitia formas especiais, hoje abolidas, como o testamento nuncupativo, que remanesce como subespécie de testamento militar e ressurge na forma de testamento particular; o testamento rural; o *ad pias causas* e o testamento em tempo de peste. Alguns ainda são admitidos em legislações vigentes e por nós foram referidos na parte histórica (seção 9.2).

Recordemos, por fim, que nosso Código veda, no art. 426, qualquer contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva. Na verdade, não existe herança enquanto uma pessoa vive. O que a lei não admite é que se estipule, se disponha sobre uma virtual herança, mera expectativa de direito. A proibição persiste ainda que a pessoa titular do patrimônio sob mira o consinta. Tal é irrelevante. Se alguém deseja regular seu patrimônio para após a morte, que o faça por testamento, afora a possibilidade legal de partilha em vida. A regra tem elevado cunho moral.

Questão importante, dada a natureza do testamento, é a referente à perda, extravio ou destruição involuntária do testamento, ou mesmo destruição dolosa.

Alguns autores (entre nós, Pontes de Miranda, 1973, v. 58:301) defendem a possibilidade da reconstituição do testamento, pois se trata de uma regra geral no Direito, ou seja, qualquer documento extraviado ou perdido pode ser reconstituído. Assim, não pode ser pura e simplesmente a conclusão no caso do testamento, em que pesem as valiosas opiniões em contrário. Sem acesso à cédula testamentária, não se pode tentar recompor a vontade do testador. Isso contraria a própria natureza do ato. Haveria, sem dúvida, interferências de outras vontades na vontade testamentária. Abrir-se-ia uma porta fácil para a fraude. O que é possível é a *restauração* da cédula testamentária, isto é, a recomposição integral do documento. Por exemplo: há recursos técnicos para restaurar um documento que se tornou ilegível ou se dilacerou. Se ainda, por exemplo, desapareceu o registro do testamento público em razão de um incêndio no prédio do cartório, e não resta traslado algum do ato, impossível a restauração, e com muito maior razão a reconstituição, pelos riscos inerentes a ela. O testamento cerrado, por sua vez, cujo envoltório apresenta-se dilacerado, presume-se inválido: sugere a ideia de revogação. Em princípio, há que se admitir excepcionalmente a restauração da cédula, cabendo ao juiz no caso concreto definir por sua autenticidade. A reconstituição do testamento é a própria negação dos princípios desse negócio jurídico e não pode ser admitida (Pereira, 1984, v. 6:148).

Essa forma de testamento é a que apresenta maior segurança, pois ficará registrada em cartório. Sua maior desvantagem é não guardar segredo sobre a vontade do testador. Qualquer pessoa poderá ter acesso a ele, como qualquer escritura pública. Tendo em vista esse aspecto, o Projeto nº 6.960/2002 propôs acréscimo em parágrafo ao art. 1.864 do Código, estabelecendo que “*a certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial*”. Com essa disposição, o testamento público passa a ser negócio que fica a meio caminho entre o testamento público original e o testamento cerrado.

O testamento público é um ato aberto, no qual um oficial público exara a última vontade do testador, conforme seu ditado ou suas declarações espontâneas, na presença de cinco testemunhas no sistema de 1916 e de apenas duas testemunhas no Código de 2002. No Código de 1916, em todas as formas ordinárias, o número de testemunhas era idêntico, ou seja, cinco testemunhas. Essa tradição que vinha do velho direito é modificada pelo Código de 2002.

Embora todas as formas sejam solenes, esta é especialmente solene, cercada de garantias para que a vontade do testador se manifeste em sua plenitude.

O art. 1.864 enumera seus requisitos essenciais:

“I – ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com

as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

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.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.”

O ato deve ser elaborado pelo titular do cartório, o oficial público. Outro escrevente só pode fazê-lo quando exerce as funções de chefia da serventia.² Assim, o oficial-maior só pode fazer testamento quando investido, ainda que, transitoriamente, na função de tabelião (Maximiliano, 1952, v. 1:428; Monteiro, 1977, v. 6:111).

As autoridades consulares brasileiras também podem lavrar testamento público, autorizadas que estão pelo art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376, de 30-12-2010. Não se trata de outra forma de testamento, uma vez que as formalidades são as mesmas. Como todo ato do registro público, o serventuário (aqui com muito maior razão) deve certificar-se da identidade do disponente. O testador pode ditar ou declarar de própria voz suas disposições. Nada impede que traga minuta para ser copiada pelo notário, como aliás se refere expressamente o presente Código, pois a leitura das notas é essencial, de acordo com o inciso II. As testemunhas devem assistir a todo o ato. Assim se manifestava o Código anterior. O Código de 2002 determina que a leitura seja feita a um só tempo. O sentido é o mesmo. Se uma delas tiver necessidade de se retirar durante a lavratura ou leitura, o ato deve recomeçar.

A leitura pode ser feita pelo próprio testador ou pelo oficial, sempre na presença das testemunhas. Todos assinam: testador, testemunhas e oficial. Evidente que as testemunhas também devem ser devidamente qualificadas. As testemunhas devem conhecer o testador. Não há necessidade de que tenham relações amistosas. Suficiente que o tenham conhecido antes do ato, para poder afirmar sua identidade.

O testamento público pode ser lavrado fora do recinto do cartório, mas dentro do âmbito de atuação judiciária do oficial, de acordo com as leis de organização judiciária. Não há restrição quanto a horário ou dias da semana. Por essa razão, deve ter o oficial (se assim exigir a parte) o cuidado de situar onde se realiza o ato. Embora não seja requisito essencial, evita-se controvérsia futura desnecessária. Deve o oficial especificar cada uma das formalidades, portando-as por fé, afirmando haverem sido observadas. O fato de omitir a descrição torna nulo o testamento. Mesmo tendo descrito as formalidades, tanto as essenciais como as facultativas, pode-se provar sua não ocorrência em eventual ação de nulidade. Na dúvida, no entanto, a declaração merece fé e tem-se como válida. O testamento termina com a assinatura dos partícipes (inciso III do art. 1.864). Entende Carlos Maximiliano (1952, v. 1:462) que, se o testador morre depois de assinar, mas antes das testemunhas, não há porque se considerar inválido o testamento já que sua vontade estava consolidada.

A menção da data é fundamental, embora não seja entre nós requisito legal, já que a capacidade testamentária ativa é fixada por ela, não fosse ainda uma outra série de consequências, como, por exemplo, a questão da revogação.

Pelo princípio da continuidade dos atos notariais fica difícil incluir o ato em data não verdadeira, mas a fraude sempre é possível. Irrelevante que não seja a data mencionada como requisito da lei. É requisito fundamental do ato público e é condição *a priori* para o exame do testamento. O notário tem o dever funcional de colocá-la correntemente. No entanto, como não temos um dispositivo expresso na lei, não há que decretar a nulidade se houver prova de que a omissão da data não foi com intuito de fraude. É a opinião de Orosimbo Nonato (1957, v. 1:212) e Carlos Maximiliano (1952, v. 1:431). A omissão da data pode trazer grandes dificuldades quando da execução do testamento. Contudo, não podemos ampliar as exigências, e esta, inquestionavelmente, está ausente. Nosso direito anterior a exigia, como fazem outras legislações. Melhor seria se a mantivéssemos como requisito essencial. A lei também não exige que seja feito em ato temporalmente único. Os partícipes podem interromper para descanso ou por qualquer razão, recomeçando após, desde que continuem as formalidades. Conveniente, porém, que tudo seja descrito pelo oficial, que deverá também ressaltar rasuras, entrelinhas e borrões com a maior diligência.

O testamento público só pode ser lavrado em língua portuguesa. Nenhum ato notarial pode ser feito em língua estrangeira. Desse modo, só pode testar pela forma pública a pessoa que entenda a língua pátria. Note que a naturalização, embora tenha como pressuposto o conhecimento de nossa língua, não é suficiente para seu pleno conhecimento, pois sabido é que se trata de requisito em muito facilitado. Assim, se o testador, mesmo brasileiro, não compreender suficientemente o português, não pode testar pela forma pública. Deve o oficial certificar-se do fato. Não se admite intérprete, como já vimos. Devem também as testemunhas conhecer a língua nacional, pois, embora não devam guardar os detalhes das disposições, devem ser aptas a entender todo o ato. Cabe ao notário fazer constar qualquer suspeita de falta de lucidez mental por parte do testador. Deve ele, inclusive, recusar-se a elaborar o testamento se, por exemplo, o interessado apresenta-se visivelmente embriagado. Cabe também ao funcionário advertir o testador sobre disposições manifestamente contrárias à lei. Não pode, porém, o serventuário, converter-se em juiz do ato. Não tem o dever de incluir disposições imorais. Contudo, quanto às disposições que entende ilegais, deve-se limitar a advertir o manifestante, fazendo tudo constar do ato. Não pode, porém, influir na vontade testamentária. Arnoldo Wald (1988:102) lembra não ser possível o *testamento dialogado*, isto é, aquele em que o oficial faz perguntas e o testador vai respondendo.

No Código de 1916, as testemunhas deveriam ser em número de cinco. No Código de 2002, exigem-se apenas duas testemunhas (art. 1.864, II), como se faz para os demais atos notariais. O acréscimo do número de testemunhas não invalida o ato, mas aumenta a possibilidade de se incluir uma testemunha impedida. Como pessoas essenciais ao ato, devem elas permanecer atentas a tudo que acontece.³ Mormente na oportunidade de leitura, todas devem estar sob plena atenção. O ato só se completa com a assinatura de todas. Se uma das testemunhas se recusar a assinar, o testamento é inválido. A lei manda que uma das testemunhas assine a rogo, quando o testador não puder ou não souber assinar (art. 1.865). O

oficial deverá declarar esse fato. Defende-se que não é causa de nulidade a assinatura feita por uma sexta pessoa no sistema de 1916 ou terceira pessoa no sistema de 2002. No entanto, quem assina a rogo deve saber ler e não apenas assinar, podendo, inclusive, esclarecer qualquer dúvida do analfabeto. Barros Monteiro (1977, v. 6:144) diz que a proibição de servir como testemunha não abrange a que assina a rogo. Na verdade, a assinatura a rogo é apenas uma complementação da autenticidade que já faz o oficial. Essa exigência da assinatura a rogo poderia ser abolida, que não faria falta. Bastaria que se atribuisse ao notário a responsabilidade por descrever as causas da omissão de assinatura. Só é admitida a assinatura a rogo se o testador não souber ou não puder assinar. O analfabeto só pode testar pela forma pública, portanto. Também o alfabetizado, no sistema de 1916, que não pudesse e não conseguisse escrever, uma vez que:

“considera-se habilitado a testar publicamente aquele que puder fazer de viva voz as suas declarações, e verificar, pela sua leitura, haverem sido fielmente exaradas”.

Essa disposição não é repetida pelo Código de 2002, de modo que pode o testador, de acordo com o art. 1.864, servir-se de minuta, notas ou apontamentos, não havendo mais necessidade de que emita declaração de voz.

No sistema de 1916, quem não pudesse falar, pois, não poderia testar pela forma pública, ainda que a afasia fosse temporária. Nunca se esqueça de que a capacidade de testar verifica-se no momento da elaboração. Já estudamos a situação do surdo-mudo. A pessoa inteiramente surda, se souber ler, lerá o testamento, e, se não souber, *“designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas”* (art. 1.866). O surdo, mesmo analfabeto, também pode testar pela forma pública. O leitor do testamento, pessoa escolhida de confiança do surdo, não é uma das testemunhas. Contudo, a nosso ver, não induz nulidade que o seja.

O deficiente visual só pode testar por essa forma. Nessa hipótese (art. 1.867), a lei redobra a cautela e exige dupla leitura do testamento, uma pelo oficial, e a outra por uma das testemunhas designadas pelo testador. Pode efetuar a segunda leitura quem não tenha sido testemunha. Cremos que a situação seja a mesma da assinatura a rogo. Trata-se de maior segurança para o testador e nada impede traga ele uma pessoa de sua confiança para a leitura, a qual não sofre as mesmas restrições da testemunha. Se a doutrina não opõe restrições no caso da assinatura a rogo, não temos que nos opor no caso do cego ou deficiente visual, levando-se em conta que há uma primeira leitura pelo notário. A leitura, em qualquer caso, deve ser de todo o instrumento e em voz audível. Deve ser compreendida pelo testador e pelas testemunhas, daí todos devem entender a língua nacional.

Dizia a lei de 1916 que, faltando qualquer das formalidades, ou se o oficial não as mencionasse, o testamento seria nulo e o oficial responderia civil e criminalmente (art. 1.634, parágrafo único). Não se repete essa disposição no presente Código, pois é dever inerente à função de notário descrever as formalidades de seu mister e portá-las por fé. Incumbe, no caso concreto, verificar a ausência de formalidade que possa inquinare o testamento, sem o rigorismo estrito do diploma civil anterior. A

responsabilidade, na verdade, é do Estado, por ato de seu agente (Constituição Federal, art. 37, § 6º). Os que foram prejudicados pela falha formal do oficial deverão acionar o Estado, que tem responsabilidade objetiva. O servidor responde em ação de regresso perante o Estado, se agiu com dolo ou culpa. Há responsabilidade do oficial se não obedecer às formalidades essenciais extrínsecas. Não responde pelo conteúdo das disposições. A falha funcional do servidor apurada administrativamente é estranha à decisão sobre a validade do ato, embora possa influenciá-la.

O juiz deve ser estrito na observância dos requisitos legais. Não é admissível uma jurisprudência que procure abrandar os requisitos das solenidades (Rodrigues, 1978, v. 7:144). De qualquer modo, é a forma pública a mais segura e, em que pese tornar conhecida a vontade do testador, a mais utilizada.

O parágrafo único do art. 1.864 acrescenta que

“o testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma”.

Cada vez mais raro se mostra o ato notarial manuscrito, nos velhos livros de escrituras. A maioria dos cartórios utiliza-se de meios informatizados, que na verdade não se identificam perfeitamente com os meios mecânicos mencionados no dispositivo. Já vai longe no tempo também a utilização da máquina de datilografia. Não importando o meio pelo qual se apresente graficamente o testamento público no livro de notas, o importante é que todas as folhas sejam autenticadas pelo oficial e rubricadas pelo testador.

Após a morte do testador, o testamento deve ser apresentado a juízo, exibindo-se traslado ou certidão, por qualquer interessado, que requererá ao juiz que ordene seu cumprimento (art. 736 do CPC). Os testamentos públicos e cerrados devem ser registrados e cumpridos na forma dos parágrafos do art. 735.⁴ O testamento particular tem um procedimento especial de confirmação, como veremos.

Nesse procedimento, o juiz faz um exame perfunctório da validade formal do testamento. Se verificar a presença de nulidade, não mandará cumpri-lo. Esse ato tem por finalidade um primeiro exame das formalidades extrínsecas. Achando-o em ordem, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento (art. 735, § 2º. Lavra-se um auto de registro e aprovação do testamento. Participa do procedimento o Ministério Público. O juiz nomeará testamenteiro, se o testador não o tiver feito. Sem o ato homologatório, o “cumpra-se” do magistrado, o testamento não pode ser registrado e processado no inventário. O procedimento é o mesmo do testamento cerrado, com a diferença de que aqui não há necessidade de se abrir o invólucro.

Já vimos que sem a cártula testamentária não é possível reconstituir a vontade do testador. Aquele que se furta a entregar o testamento ou o faz desaparecer responde por perdas e danos, além de estar sujeito ao crime de supressão de documento (art. 305 do Código Penal). Disposições regimentais de cada

corregedoria estadual podem exigir outras cautelas, como, por exemplo, averiguar se não existe outro testamento do mesmo testador nos cartórios do Estado ou do país. O Colégio Notarial do Brasil deve receber as relações dos testamentos realizados no país.

Essa homologação não impede que seja provado vício formal do testamento, pois se trata de mero procedimento de jurisdição voluntária, atividade administrativa do juiz. Por outro lado, se o juiz entender de não homologar o testamento, também é verdadeiro que os interessados podem recorrer às vias ordinárias para provar sua validade.

Essa modalidade de testamento é escolhida por aqueles que desejam manter sua última vontade em segredo. Evitam assim maiores dissensões familiares entre os aquinhoados e preteridos. Embora o mestre Sílvio Rodrigues (1978, v. 7:117) considere-o uma “velharia”, trata-se da única forma que tem o titular de um patrimônio de não acirrar mais as desinteligências familiares.

Inobstante, como já afirmamos, o testamento, qualquer que seja, pode sempre se converter numa arma de amor ou ódio. A forma secreta tem como desvantagem a possibilidade latente de perda, destruição ou supressão da cópia. Suas formalidades são obviamente mais amplas, para assegurar maior segurança. É também um testamento notarial porque dele participa o oficial público. No entanto, como o disponente não declara sua vontade ao serventuário, não deve ser considerado uma espécie de testamento público. Trata-se de forma intermediária entre o testamento público e o testamento particular. É, no dizer de Orosimbo Nonato (1957, v. 1:279), uma *carta sigilada*.

São requisitos essenciais do testamento cerrado (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;

II – que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado; III – que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV – que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.”

Vemos, portanto, que a tipicidade dessa modalidade é das mais detalhadas.⁵ O excesso de formalidades, necessárias para garantir a lisura do ato, desencoraja a escolha por essa modalidade pelos interessados.

A competência para o oficial fazer testamento cerrado é a mesma do testamento público. A cédula testamentária, após encerrado o ato, é entregue ao testador (art. 1.874). Ficará em sua posse, incumbindo-lhe o destino. Antes dessa entrega, o oficial público já terá exarado na mesma seu *auto de aprovação* (inciso III).

Antes do auto de aprovação completado, não há testamento. Deve ser feito após a última palavra do testamento, devendo o tabelião, se houver falta de espaço na última folha, apôr seu sinal público (chancela ou carimbo, com rubrica ou assinatura usual), assim expondo na cédula, e se utilizar de outra folha (art. 1.869). Embora a lei não o diga, é da maior conveniência que o serventuário aponha seu sinal público em cada uma das folhas apresentadas, numerando-as.

Note que o escrivão não deve ler o testamento. Nada impede, porém, que o testador autorize a leitura, mas isso é irrelevante. O serventuário recebe a cédula do próprio testador (inciso I) na presença de pelo menos duas testemunhas. Não se admite que qualquer outra pessoa faça a entrega.

O oficial examinará, a certa distância, se existe redação na cédula, se há borrão, rasura ou entrelinha digna de ser ressalvada, no auto. A questão é para depois ser examinada pelo juiz, de acordo com o art. 426 do CPC.

As cautelas da lei servem justamente para impedir que posteriormente se possibilite a alteração do que foi escrito. Não é necessário que o testador entregue o instrumento em envelope fechado. Pode entregar simplesmente o documento redigido.

No *auto de aprovação*, que ficará no interior do envelope (ou outra forma de embalagem), uma vez que poderá constar de folha autônoma, em caso de falta de espaço, o escrivão declarará o lugar e a data do instrumento, dizendo que o testador entregou-lhe a cédula, que tinha por seu testamento, “bom, firme e valioso”, se foi escrito pelo próprio testador ou não, qualificando as testemunhas. Não era necessário que as palavras “bom, firme e valioso”, presentes no Código de 1916 (art. 1.638, VI), tivessem o mesmo valor das fórmulas romanas. A essência da manifestação do oficial é que vale. O auto de aprovação deve descrever pormenorizadamente o ato, autenticando o testamento. Sempre será possível que o oficial tenha certificado o que não ocorreu, ou que tenha deixado de certificar o realmente ocorrido. Não deve o oficial deixar espaço em branco, começando o auto logo após a última palavra da cédula (art. 1.869). A matéria é para exame posterior na prova.⁶

Tratando-se de ato notarial, a data não é requisito essencial para o escrito do testador, mas é essencial no auto de aprovação, porque atesta o momento exato da elaboração do testamento (Beviláqua, 1939, v. 6:76). Contudo, a lei não fala de obrigatoriedade de data no auto, não se podendo dar por nulo o testamento tão só pela omissão do testador. O problema é idêntico ao enfocado no testamento público. No entanto, é falha gravíssima do funcionário a falta de declaração de data e lugar do ato, abrindo suspeitas; o que é absolutamente inconveniente. Por outro lado, o testador pode ter datado anteriormente a cédula, o que é irrelevante, porque a data da elaboração do testamento é a fixada pelo notário.

A seguir, o oficial lê o auto perante os circunstantes e declara que o leu e passa à fase das assinaturas. Assina primeiramente o oficial, pois esse instrumento é documento público; após, o testador

e as testemunhas. As testemunhas também não se inteiram do conteúdo do testamento. A lei de 1916 previa expressamente que o número de testemunhas pudesse ser maior que cinco (inciso IV do art. 1.638).⁷ Tratava-se de resquício histórico. Maior número de testemunhas concorre para aumentar as possibilidades de falhas formais. O presente Código refere-se unicamente a duas testemunhas, mas continua válido o que se diz sobre a possibilidade da presença de testemunhas excedentes. Na verdade, incumbe ao oficial impedir que isso ocorra. O oficial deve consignar que todas estiveram presentes no transcorrer de todo o ato.

O inciso X do art. 1.638 do Código anterior determinava que, se o testador não soubesse ou não pudesse assinar, que o fizesse por ele uma das testemunhas. Era dever do oficial obedecer ao requisito. Não devia admitir que assinasse quem não tivesse sido testemunha. Todavia, tal falha por si não devia induzir nulidade. Não mais persiste essa regra no Código de 2002, pois o testamento cerrado deve ser assinado pelo testador (art. 1.868, *caput*).

No testamento cerrado é importante, mas a lei não o diz, que as formalidades sejam feitas em sequência, sem intervalo na continuidade, uma vez que se trata de mera apresentação e aprovação. Se o ato for interrompido, será necessário recomeçá-lo, diferentemente do testamento público cuja redação pode levar horas e exigir interrupção para repouso. Pequeno intervalo, porém, no testamento cerrado, não induz nulidade (Maximiliano, 1952, v. 1:514). A unidade de ato não se refere à cédula, que geralmente já vem redigida, mas aos atos de entrega e aprovação descritos na lei.

A presença de um beneficiário ou aquinhado do testamento no procedimento legal é inconveniente. Pode ensejar suspeita de captação de vontade ou outra fraude. Por outro lado, o acompanhamento do ato por um jurista, em assessoria técnica, é até aconselhável.

O testamento cerrado só pode ser utilizado por quem saiba ler (art. 1.872). O cego e o analfabeto só testam pela forma pública. No vigente sistema, quem não puder assinar também deve testar pela forma pública.

Pode testar pela forma cerrada o mudo ou o surdo-mudo que souber ler e escrever. De acordo com o art. 1.873, deve o surdo-mudo escrevê-lo todo, assinar de próprio punho e, ao entregar o documento ao oficial público ante as duas testemunhas (cinco, no Código anterior), deve escrever na face externa do papel, ou do envoltório, que esse é seu testamento, cuja aprovação pede. Em tal caso, não se admite a redação por outrem, ou seja, a rogo. É o próprio surdo-mudo que deve redigi-lo, para melhor garantir sua vontade.

Como regra geral, porém, não é necessário que o testamento cerrado seja escrito pelo próprio testador. A lei admite que seja escrito por outra pessoa a seu rogo (art. 1.868). O próprio oficial poderá escrever a rogo (art. 1.870).⁸ Difícil imaginar que alguém que não saiba ler possa assinar, mas, nessa situação, e no caso de o testador não poder assinar, como vimos, no Código de 1916, uma das testemunhas assinaria a rogo do testador. Não é conveniente que o oficial que escreveu a rogo também o

assinare, mas a lei não impede esse entendimento. Lembre-se de que a regra geral no Código de 1916 era sempre da assinatura ser do testador (inciso II). Só na situação do inciso III é que haveria assinatura a rogo. O presente Código suprimiu essa possibilidade, como vimos.

Discutiu-se, no passado, acerca da possibilidade de o testamento cerrado poder ser datilografado. A lei de 1916 não exigia a escrita de próprio punho. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se nesse sentido, uma vez que não existia proibição no Código (*RT* 264/863, *RTJ* 77/883). Assim se posicionou a doutrina moderna (Pereira, 1984, v. 6:158); (Monteiro, 1977, v. 6:116; contra: Maximiliano, 1952, v. 1:473).⁹ Se a lei permite a redação até mesmo a rogo, nenhum obstáculo existia para a datilografia ou os demais modernos meios eletrônicos, com a assinatura do subscritor, tomando-se cuidado de rubricar ou assinar todas as páginas, com autenticação pelo oficial público. É da melhor cautela que o serventário autentique e numere todas as folhas do testamento, embora a lei atual não o determine.

O Código em vigor, atento à época atual, expressamente se refere: “*o testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor enumere e autentique com a sua assinatura, todas as páginas*” (art. 1.868, parágrafo único). Não havendo restrição alguma no direito atual, até mesmo se eventualmente faltar rubrica das folhas, o testamento pode ser válido, pois terá passado pelo crivo e autenticação do oficial público, com o auto de aprovação. Essa discussão passa agora a fazer parte da história de nosso direito, como faz a que houve no início do século XX sobre a validade da sentença datilografada e, mais recentemente, da sentença emanada de computador.

Essa forma de testamento pode ser feita em língua estrangeira, pelo testador ou alguém a seu rogo (art. 1.871). A tradução só ocorrerá quando do cumprimento do testamento. Contudo, o testador deve entender a língua do testamento e as formalidades notariais orais devem ser feitas em português, ou em idioma compreensível pelo notário e pelas testemunhas. O auto de aprovação é redigido em língua nacional. Nessa hipótese, não há necessidade de as testemunhas conhecerem a língua estrangeira, pois não tomam conhecimento do conteúdo do documento.

Nada impede na lei que o testamento seja redigido parte por uma pessoa a rogo do testador, parte pelo próprio. Deve o fato, porém, constar do auto. Só a cédula apresentada e aprovada constitui o testamento. Se o testador alude a um outro documento, deve transcrevê-lo, para que faça parte de sua vontade. Documento estranho à cédula não pode integrar o testamento. Um testamento, contudo, pode completar ou revogar outro. A questão é de exame da vontade do disponente.

Não é requisito essencial que seja declarado o nome da pessoa que redigiu a rogo o testamento. Se quem redigiu a cédula assinar com o testador, o ato não ficará prejudicado.

O testamento é entregue ao testador. Ele deverá cuidar de sua preservação. Poderá guardar consigo, em caixa-forte bancária ou confiar a guarda a um terceiro, interessado ou não. Vimos que o grande inconveniente é a dificuldade que pode apresentar sua preservação. Poderá ser redigido em mais de uma

via, de teor idêntico, para favorecer a preservação.

Só o juiz poderá abri-lo (art. 1.875) e, vendo-o em ordem, mandará registrar e arquivar no cartório competente e determinará seu cumprimento. Já nos referimos ao procedimento, que é de jurisdição graciosa, aplicável também ao testamento público (arts. 735 ss do CPC).

Pelo art. 735 do estatuto processual, o juiz, ao receber testamento cerrado, após verificar que está intacto, sem vício externo, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença de quem o entregou. Lavra-se *termo de abertura* (e não ato, como ali consta). Deve apresentar o testamento à pessoa a quem lhe foi confiada a guarda, ou quem o encontrou. Se há conhecimento da existência do testamento, incumbe ao inventariante e demais interessados usar dos procedimentos cabíveis para sua apresentação.

O procedimento é muito simples e não exige a citação dos interessados, cônjuge e herdeiros legítimos. Entendemos, contudo, ser da maior conveniência que ao menos o inventariante seja cientificado da apresentação do testamento. Também nada obriga, embora seja conveniente, que o juiz proceda à abertura tão logo o testamento lhe seja apresentado, como lhe diz a lei.

O juiz deve verificar se o testamento está intacto: abri-lo-á e mandará que o escrivão, ou quem suas vezes fizer, leia o documento, na presença de quem o entregou.

Nesse auto, além de mencionar os requisitos dos incisos I a III do parágrafo único do art. 1.125, o juiz deverá mencionar *qualquer circunstância digna de nota, encontrada no invólucro ou no interior do testamento*. Essa descrição é de suma importância, ainda que o juiz entenda que nada denota dilaceração ou nulidade. O exame do juiz é perfunctório e limita-se, nesse procedimento, ao exame das condições externas. Evidente que se encontrar o testamento aberto, ou com suspeita de dilaceração, não determinará seu cumprimento. Em qualquer situação, deve fazer descrição completa. Se o testamento estiver ilegível, também é possível determinar seu cumprimento, com avaliação posterior de seu entendimento. Sua descrição poderá ser prova decisiva numa ação de nulidade.

A doutrina entende ser competente o juiz do lugar onde se encontra seu portador, já que há necessidade de se proceder sem perda de tempo à abertura, a fim de evitar extravio ou fraudes (Maximiliano, 1952, v. 1:527).

É importante, portanto, que o auto descreva o mais pormenorizadamente possível o estado da cártula, pois isso em muito auxiliará o júízo universal do inventário.

Feito o registro do testamento, será intimado o testamenteiro para assumir a testamentaria, ou então nomear-se-á testamenteiro dativo (art. 735, § 3º), na forma que estudaremos a seguir.

A sentença que manda cumprir o testamento, como já falamos no testamento público, não inibe ação dos interessados em pedir sua nulidade, ainda que por vícios extrínsecos. Do mesmo modo, dada a natureza do conhecimento do juiz nesse procedimento, se entender ele que não está intacto e indeferir o cumprimento, a validade do testamento poderá ser discutida em lide, nas vias ordinárias. Tais decisões não fazem coisa julgada.

Enquanto é discutida a validade de testamento, não se faz a partilha dos bens envolvidos.

Se o testamento se apresentar dilacerado ou aberto, deve ser provado que não o foi pelo testador, nem com seu consentimento (art. 1.972). O testamento pode ter sido propositalmente rompido para evitar seu cumprimento. A matéria é de prova na lide própria. Não podemos singelamente considerar revogado o testamento que não foi aberto intencionalmente pelo testador. Voltaremos a tratar do assunto ao cuidar da revogação dos testamentos. Também no testamento cerrado há responsabilidade civil do Estado se o oficial público ocasionou a nulidade por omissão de dever de ofício.

Essa forma de testamento, também denominado hológrafo (admite-se também a grafia *ológrafo*), prescinde, em sua elaboração, da intervenção do funcionário do Estado. O presente Código Civil procurou simplificá-lo, pois no sistema de 1916 foi a modalidade menos utilizada principalmente porque, além de sofrer os mesmos riscos de perda do testamento cerrado, exigia o Código antigo, para sua execução, que pelo menos três testemunhas comparecessem após a morte do testador, para confirmá-lo. Ademais, nesse ato, eram mais difíceis de controlar as pressões dos interessados.

Em seu favor, pode ser mencionada sua rapidez de elaboração, facilidade e gratuidade.¹⁰ A nosso ver, no entanto, a simplificação de suas formalidades no Código de 2002 foi além do que seria de desejar e pode abrir muitos flancos para a fraude.

O art. 1.876 dispõe acerca dos requisitos:

“O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.”

A atual lei estatui que o testamento pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. Não é admitida a assinatura a rogo. Vem aqui novamente à baila a possibilidade da utilização de meios eletrônicos para sua redação. Não havia disposição pertinente no Código de 1916. A jurisprudência, com divergência, admitiu o uso da datilografia no testamento particular (*RT* 264/236, *STF*, *RTJ* 92/1.234, 64/339, 69/559; contra 447/213, com voto vencido), ao contrário do Código de 2002, que segue o mesmo princípio do Código italiano e do Código suíço, exigindo agora que o testamento particular seja feito de próprio punho ou por meio mecânico; o direito de 1916 exigia apenas que fosse *escrito e assinado pelo testador*. Podíamos entender que, provado que fosse o próprio testador quem datilografara ou digitara o documento, o requisito estaria preenchido.¹¹ Não era a melhor solução, nem a solução pretendida, com certeza, pelo legislador de 1916, quando começaram a surgir as máquinas de escrever. Hoje, com a eletrônica e a informática, outros meios de grafia podem ser utilizados. Desse modo, o novel Código deste século suplanta o problema ao admitir a escrita de próprio punho ou por

meio mecânico, com a assinatura do testador. O testamento particular é presa fácil de falsificações, vícios de vontade e outras fraudes. A perícia técnica para apurar se foi determinada pessoa quem datilografou um documento é muito difícil. Muito mais se se tratar de modernos equipamentos impressores da informática. A prova testemunhal em matéria testamentária é sujeita mais ainda às instabilidades e incertezas conhecidas. Destarte, se partíssemos da premissa de que a lei não proibia a datilografia no testamento particular, toda a prova seria no sentido de afirmar que foi o próprio testador quem acionara o meio mecânico ou eletrônico. Carlos Maximiliano (1952, v. 1:537) era peremptório no sentido de que esse testamento devia ser manuscrito (op. cit. nº 490), não admitindo nem mesmo o manuscrito em letra de imprensa. Deve ser redigido em papel. Materiais estranhos à escrita normal tornam suspeita a disposição. Na época atual, não havia mesmo que se repelir a elaboração desse testamento por meio mecânico, como inclusive dava a entender o projeto original do mais recente Código, embora as garantias maiores de higidez da cédula decorram mesmo do manuscrito.

Se elaborado por meio mecânico, a lei adverte que o testamento particular não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de lido na presença de *pelo menos* três testemunhas, que o subscreverão. Se escrito de próprio punho, entende-se que as entrelinhas e rasuras devem ser devidamente ressaltadas no texto para que o negócio não perca a validade.

Nessa modalidade de testamento, seja de próprio punho, seja por meio mecânico, como se percebe, o Código estabelece o número mínimo de três testemunhas. O testador poderá inserir quantas testemunhas desejar. Como há necessidade de confirmação desse testamento pelas testemunhas, o número maior representa, em tese, maior segurança. Contudo, como já afirmamos, aumenta o risco de serem trazidas testemunhas impedidas, que poderão macular o ato.

O testamento inteiro deve, em princípio, ser redigido pelo testador. Não vicia o ato o fato de ter sido copiado de uma minuta, rascunho ou anotações. Se não há controle de linguagem, o testador redige como bem quiser, com erros, contradições, linguagem grosseira, borrões, entrelinhas etc. O trabalho depois é do intérprete, do juiz.

O testamento particular pode ser redigido em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam (art. 1.880). Todas as testemunhas devem conhecer a língua utilizada pelo testador. Uma única que não o saiba torna o negócio nulo. A data também aqui não é requisito essencial, embora seja útil e deva ser colocada. Em sua ausência, caberá à prova fixá-la. Também a lei não exige o reconhecimento de firma ou de letra do testador, nem o depósito oficial. Não há também como defendermos a necessidade de unidade de tempo e lugar na elaboração do testamento. Há que ser exigido que exista unidade de contexto, com as mesmas testemunhas e mesmas formalidades. A assinatura do testador é essencial. Mesmo manuscrito, sem sua assinatura, não é testamento.

Assim, para que o ato tenha validade, exigem-se a redação e a assinatura do testador, a leitura e a assinatura das testemunhas. A leitura, de acordo com o Código de 2002, será feita pelo testador. Na lei anterior, como não havia especificação, admitia-se a leitura por uma das testemunhas, pelo testador e até mesmo por um estranho ao ato (Gomes, 1981:132). O vigente Código foi expresso no sentido de que a

leitura seja sempre feita pelo disponente, nos parágrafos do art. 1.876.

No sistema de 1916, mesmo válido o documento, para que o testamento ganhasse eficácia, havia necessidade da confirmação do ato por pelo menos três testemunhas (arts. 1.647 e 1.648). Doravante, conforme o art. 1.878 do presente Código, as testemunhas testamentárias devem ser convocadas para confirmar o negócio testamentário ou, pelo menos, sobre sua leitura perante elas, e se reconhecem as próprias assinaturas, assim como a do testador. Pela regra, todas as testemunhas que participaram do ato devem ser convocadas. Contudo, a importante inovação vem expressa no parágrafo único do art. 1.878:

“Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.”

Embora não caiba ao jurista raciocinar sobre fraudes, nesse caso a simplificação, a nosso ver, abre larga margem de dúvidas. O testamento, qualquer que seja sua modalidade, é um dos negócios mais suscetíveis a fraudes e a ataques de nulidade. Toda a carga da responsabilidade, nesse caso, é transferida ao juiz, que poderá confirmar o testamento perante apenas uma das testemunhas. Melhor seria que a lei simplesmente dispensasse essa formalidade das testemunhas confirmatórias. Por outro lado, devem ser esgotadas as possibilidades de localização das testemunhas não encontradas. Nesses processos avulta de importância o papel do Ministério Público. Não há que se entender a ausência das testemunhas mencionada na lei como a ausência técnica, definida nos arts. 22 ss, mas como a impossibilidade de sua localização.

É conveniente que o testador descreva todos os atos realizados. As testemunhas devem ouvir a leitura. Suas assinaturas devem ser lançadas na presença do testador. Se houver mais de uma folha, é conveniente que testador e testemunhas assinem todas as folhas, com numeração. As testemunhas não necessitam recordar com particularidades as disposições, mas delas terão conhecimento. Tal é importante para o ato de confirmação após a morte do disponente. Perante tantos óbices impostos pela lei, nada impede que o testador faça várias vias de igual teor do testamento, todas com assinatura, sua e das testemunhas. Se há diferença entre os exemplares, haverá mais que um documento. Caberá o exame à prova.

Nosso Código de 1916 não admitia o testamento nuncupativo, a não ser como modalidade do testamento militar. O direito anterior a 1916 admitia o testamento nuncupativo como forma ordinária. Nessa modalidade, chegava-se mesmo a possibilitar o testamento oral, quando o testador, em perigo de vida, não tinha tempo de fazer testamento escrito. Exigia-se, no entanto, a presença de seis testemunhas.

Em disposição surpreendente que certamente trará celeumas doutrinárias e infundáveis contendas, o Código de 2002 introduz modalidade de testamento que açambarca a hipótese do testamento nuncupativo e outras situações extremas. Trata-se, realmente, de outra modalidade de testamento. Dispõe o art. 1.879:

“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.”

Esse dispositivo não constava originalmente no Projeto do atual Código de 2002. O artigo foi sugerido pelo Professor Miguel Reale, tendo sido introduzido pela Emenda nº 483-r, do Senador Josaphat Marinho (Veloso, 2003:143). Mais uma vez, a carga de responsabilidade pela confirmação desse testamento excepcionalíssimo será do juiz. A primeira questão que aflora é definir quais seriam essas circunstâncias excepcionais que podem ensejar forma tão simplificada de testamento. Exige também a lei que essa excepcionalidade seja declarada na cédula. Não se admite que essa cédula testamentária seja redigida por meios mecânicos. Esse testamento, mais do que qualquer outro, há de obedecer à legalidade, ou seja, à tipicidade estrita.

A primeira situação excepcional que nos vem à mente é justamente a proximidade da morte do disponente e a impossibilidade de ele recorrer às formas ordinárias. Alerta-se, contudo, que esse testamento não se confunde com os testamentos especiais. Em princípio, quando estiver aberta a possibilidade de testar sob a forma de testamento marítimo, aeronáutico ou militar, não é de ser admitido o testamento excepcional.

Outra questão que deve ser lembrada diz respeito à cessação das condições excepcionais e à possibilidade de o testador ratificar o testamento anterior ou elaborar novo testamento pelas vias ordinárias. Se o disponente usa da faculdade do art. 1.879 por entender que está à beira da morte, mas depois sobrevive dias, meses ou outro período que lhe permitia testar sob a forma ordinária, não pode ser dada validade ao testamento excepcional. Toda essa série de aspectos fáticos deve ser examinada pelo juiz. O Código deveria ter previsto um prazo após a cessação da excepcionalidade para que novo testamento fosse elaborado sob pena de caducidade do excepcional, como faz no testamento marítimo (art. 1.891). Nesse caso, se o testador não morrer na viagem, nem nos 90 dias subsequentes a seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento, o testamento marítimo e o aeronáutico caducarão. O ordenamento italiano, em situação semelhante, no testamento lavrado em estado de calamidade pública, assina um prazo de eficácia de três meses depois da cessação da causa, para que o testamento perca sua eficácia. Parece-nos que a lacuna em nossa lei a esse respeito é injustificável e nem o Projeto decantado, nº 6.960, se apercebeu da falha. No dizer de Carlos Maximiliano, uma das principais características do testamento excepcional é a *efemeridade: sua eficácia é limitada no tempo* (1952, v. 2:17). O exame desse importante aspecto nesse testamento, como se nota, ficará relegado ao critério da jurisprudência no caso concreto, mas não pode ser dispensado.

Aliás, o testamento aeronáutico parece ser um paradoxo, pois não é crível que, numa aeronave em perigo, tenha seu comandante tempo e disponibilidade de preocupar-se com o testamento de um passageiro ou tripulante (art. 1.889). No entanto, aqui, sem dúvida, poderá estar presente uma situação excepcional que autorize o testamento de próprio punho, assim declarado pelo testador, conforme o art. 1.879. Tomando exemplos da legislação comparada, poderíamos imaginar outras circunstâncias excepcionais, como estar o disponente tomado de moléstia considerada contagiosa, impedindo o contato

com terceiros; em local isolado por inundação ou outra intempérie, em local em estado de calamidade pública. Em algumas dessas situações excepcionais, revive-se, de certa forma, o testamento *tempore pestis* do passado remoto. Em todas as situações, porém, o que deve ser analisado pelo juiz é o *fato de o testador estar impossibilitado de se utilizar das formas ordinárias ou mesmo especiais de testamento*. Essa deve ser a primeira preocupação do juiz. De qualquer forma, o testamento em estado de necessidade ou em circunstâncias excepcionais, como diz a lei, encontrará seu espaço, nas hipóteses nas quais os testamentos especiais não são aplicáveis (Pontes de Miranda, 1973, v. 59:286).

Somente o futuro os dirá se andou bem o legislador ao quebrar o sistema formalista e introduzir essa modalidade tão simplificada de testamento.

O testamento particular, seja ordinário ou excepcional, só pode ser executado, ainda que formalmente válido, após sua publicação em juízo, com citação dos herdeiros legítimos (art. 1.877).

O art. 737 do CPC dá legitimidade ao herdeiro, legatário ou testamentário para requerer, depois da morte do testador, a publicação do testamento. O terceiro detentor do testamento poderá fazê-lo, se se impossibilitarem os demais. O CPC de 2015 não exige a inquirição das testemunhas testamentárias, o que poderá ser feito, portanto, a critério do juiz, se tiver alguma dúvida sobre o documento.

As testemunhas devem comparecer e reconhecer a autenticidade do documento (art. 1.878). O Código Civil pede, portanto, a presença das testemunhas. Vide o que falamos a respeito da confirmação do testamento por uma única testemunha. Assim, o juiz ouve o Ministério Público e confirma o testamento, aplicando o art. 735 com preceitos atinentes às demais modalidades.

Há que se entender que o convivente deve também ser intimado, pois concorrerá na herança. Os não encontrados serão intimados por edital. No sistema de 1916, como enfatizamos, se não localizadas pelo menos três testemunhas, o testamento não podia ser executado. Devem-se esgotar, como vimos, os meios de localização. O cuidado do magistrado, quando se tratar da oitiva de apenas uma testemunha no atual sistema, deve ser redobrado, como reiteramos.

A matéria pode também ser discutida pelos meios normais. Se o juiz tiver dúvidas, deve remeter as partes às vias ordinárias, extinguindo o processo.

A exigência das três testemunhas confirmatórias era o grande inconveniente do testamento particular no Código de 1916. Se mais de duas tivessem falecido ou desaparecido, tornava-se impossível executar o testamento. A possibilidade de confirmação por uma única testemunha no Código de 2002 facilita e incentiva a elaboração desse testamento, mas abre brechas de nulidade, como vimos. Além disso, o depoimento testemunhal é falho, embora as testemunhas não devam se recordar das disposições testamentárias, mas das formalidades do ato. Melhor seria, perante essas premissas, que simplesmente fosse abolida a necessidade das testemunhas confirmatórias, como apontamos.

O Anteprojeto de 1972 havia inovado bastante no tocante a essa modalidade, tendo ocorrido profundas alterações no Projeto de 1975, que se converteu no Código Civil em vigor. Além da redução das testemunhas de cinco para duas, determinava o reconhecimento da firma e da letra do testador e da firma das testemunhas, conforme direitos estrangeiros. O oficial público lançaria nota de “apresentação” do testamento.

O Código de 1916 trazia o testamento marítimo e o testamento militar, este também sob a forma nuncupativa, como formas especiais. O Código de 2002 refere-se também ao testamento aeronáutico. Seu alcance é absolutamente restrito e de pouco interesse. As formas de testamento são restritas em número fechado. Somente se admitem os testamentos disciplinados no Código, enfatizando o art. 1.887 que não se admitem outros testamentos além dos contemplados na lei.

O *testamento marítimo* pode ser utilizado por quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante. Será lavrado perante o comandante, em presença de duas testemunhas, por forma que corresponda ao testamento público ou ao cerrado. O registro será feito no diário de bordo (art. 1.888). Portanto, pelo vigente ordenamento, o comandante fará as vezes de oficial público, podendo o testador optar pela modalidade do testamento público ou do testamento cerrado. Devem ser seguidas as formalidades respectivas desses testamentos. O antigo Código, no art. 1.656, permitia que também o escrivão de bordo redigisse o testamento, função que praticamente desapareceu nos modernos navios. Esse testamento não terá eficácia, ainda que feito no curso de uma viagem, se ao tempo de sua lavratura o navio estava em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma ordinária (art. 1.892). O testamento será eficaz, portanto, se o navio estava atracado, mas o testador estava impedido de desembarcar.

Já nos reportamos ao testamento aeronáutico, introduzido pelo Código de 2002, no art. 1.889:

“Quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente.”

É muito difícil que se elabore testamento a bordo de aeronave. Se a aeronave está em perigo, certamente o comandante e a tripulação não terão tempo de preocupar-se com um testamento. Se o voo é normal, não haverá o menor interesse de se fazer um testamento a bordo. Talvez o legislador já estivesse prevendo as viagens interplanetárias, fadadas a durar meses e anos. Se ocorrer pouso de emergência e o disponente encontrar-se em local ermo, a situação estará, mais provavelmente, para o testamento descrito no art. 1.879, pois estarão caracterizadas as circunstâncias excepcionais descritas na lei.

Esses testamentos, marítimo ou aeronáutico, caducarão se o passageiro não morrer na viagem, nem nos 90 dias subsequentes ao desembarque em terra, quando poderia fazer testamento pela forma ordinária (art. 1.891). Não importa que o porto ou aeroporto não seja em território nacional. O testamento marítimo não valerá, como vimos, se o navio, ao tempo do ato, estava no porto onde o testador podia desembarcar

e fazer o testamento na forma ordinária. Se não podia desembarcar, o testamento equivale ao feito em alto-mar. O mesmo se diga do testamento aeronáutico quanto às escalas em viagem. Se durante a escala o disponente não puder testar da forma ordinária, a situação insere-se no curso da viagem aérea.

O *testamento militar* é permitido aos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do país ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou quem esteja de comunicações interrompidas (art. 1.893). Esse testamento, não havendo tabelião ou substituto legal, pode ser feito perante duas testemunhas, e se o testador não puder, ou não souber assinar, perante três, caso em que uma delas assinará por ele. Conforme o § 1º desses dispositivos, se o testador estiver em teatro de operações, que o Código descreve como corpo ou seção de corpo destacado, em um posto avançado de vigília, por exemplo, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou de posto inferior. De acordo com o § 2º, se o testador estiver em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento. Se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir (§ 3º). O comandante da unidade funcionará como oficial público.

São três as formas permitidas de testamento militar: uma semelhante ao testamento público, outra semelhante ao testamento cerrado e uma forma de testamento nuncupativo.

Pode o militar ou assemelhado em campanha testar também sob a forma cerrada (art. 1.894). O testador pode apresentar a cédula redigida e assinada de forma aberta ou cerrada. O oficial ou auditor que receber a cédula exarará o auto de aprovação. Também caducam essas formas de testamentos militares depois que o testador estiver 90 dias seguidos em lugar onde possa testar ordinariamente, salvo se o testamento foi feito na forma do parágrafo único do art. 1.894, isto se se tratar de testamento feito com o próprio punho, de forma aberta ou cerrada, com a nota de aprovação do oficial.

O Código mantém a possibilidade de testamento militar *in extremis* (*nuncupativo*) como uma espécie de testamento militar. As pessoas empenhadas em campanha, em combate ou feridas, *podem testar nuncupativamente, confiando sua última vontade a duas testemunhas*. Caduca o testamento se o testador não morrer na guerra e convalescer do ferimento (art. 1.896). Trata-se de forma excessivamente perigosa e passível de fácil fraude. A vontade é manifestada oralmente em estado de extrema emoção. As testemunhas devem, logo que possam, reduzir a termo as disposições. Não justifica sua manutenção no direito moderno.

O Código Civil de 1916 estabelecia no art. 1.650 que não podiam ser testemunhas em testamentos:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

II – os loucos de todo o gênero;

III – os surdos-mudos e os cegos;

IV – o herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge;

O Código antigo estabelecia, portanto, uma legitimidade específica para as testemunhas no testamento. A primeira crítica que se faria ao dispositivo é quanto ao fato de os três primeiros incisos serem ociosos por repetir o que já estava disposto no art. 142. Os menores, os loucos, os surdos-mudos e os cegos eram incapazes nesse sistema e não podiam intervir no testamento. Contudo, havia uma amplitude maior ao disposto no art. 142. Ali, os cegos e surdos não podiam ser admitidos como testemunhas, quando a ciência do fato, que se queria provar, dependia dos sentidos que lhes faltam. Aqui, no testamento, a restrição era absoluta: “*não podem testemunhar os surdos-mudos e os cegos*”. A complexidade das formalidades testamentárias requer todos os sentidos das testemunhas.

Como vemos, há uma falta de legitimação para as pessoas enumeradas no dispositivo legal. Só que os loucos, os cegos e os surdos e os menores de dezesseis anos (art. 145) tinham incapacidade absoluta para testemunhar em qualquer ato ou negócio jurídico. Os menores entre 16 e 21 anos podiam testemunhar, uma vez que podiam o mais, que é fazer o testamento.

Também é evidente, embora o art. 1.650 não o dissesse, que não podiam servir como testemunhas os que não soubessem ou não pudessem assinar, pois esse é requisito básico para a testemunha instrumentária, porque é inadmissível a assinatura a rogo. Não basta saber assinar, a testemunha deve ser alfabetizada para entender a grandeza, solenidade e dizeres escritos do ato (Oliveira, 1987:201).

As duas categorias por último estipuladas referiam-se aos que direta ou indiretamente tinham interesse nas disposições testamentárias: o herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge e os legatários. Aqui, sim, tínhamos situações de incapacidade para determinado ato, falta de legitimação. A lei falava de herdeiro instituído, de modo que não estava incapacitado para testemunhar o herdeiro legítimo. Tratava-se de uma incapacidade para testemunhar exclusivamente no testamento. A presença dessas pessoas no ato testamentário poderia induzir ou conduzir a vontade do disponente.

A dúvida que surgia era se os parentes do legatário incorriam na mesma proibição, porque a lei era silente. No entanto, o legislador de 1916 poderia ter repetido a disposição do inciso anterior (IV) e não o fez. Não podíamos ampliar a restrição colocada na lei. Logo, não existia impedimento para os parentes e cônjuge do legatário servirem como testemunhas testamentárias. Não há dúvida de que faltava lógica ao Código anterior, pois, frequentemente, o legatário era mais favorecido do que o herdeiro instituído. Aliás, como lembra Orosimbo Nonato (1957, v. 1:265), nas Ordenações do Reino havia a proibição dos parentes dos legatários servirem como testemunhas. Daí vemos que o legislador suprimiu intencionalmente a restrição. Clóvis Beviláqua (1939, v. 6:112) dizia que as pessoas relacionadas aos legatários também estavam impedidas, da mesma forma que os herdeiros, pois

“seria atribuir lei a feia mácula de uma grosseira inconsequência, supor que somente o cônjuge ou descendente, o ascendente e o irmão do herdeiro estão impedidos de ser testemunhas no testamento. O impedimento prevalece em relação ao cônjuge e aos mencionados parentes do legatário”.

Mas o fato é que houve falha da lei, ou verdadeira intenção de restringir a incapacidade, e se esta não distingue, não é dado ao intérprete distinguir (Rodrigues, 1978, v. 7:125; contra, acompanhando Clóvis, Monteiro, 1977, v. 6:124).

A presença de uma testemunha inibida no testamento anula o negócio, ainda que haja testemunhas em número superior ao legal (cinco para as formas ordinárias, no sistema de 1916). Uma única testemunha impedida, é o que decorria da lei, tornava o ato formalmente defeituoso. Contudo, não se podia levar a regra a extremos. Carlos Maximiliano (1952, v. 2:48) entendia que, se pelo menos cinco testemunhas fossem idôneas, havendo uma sexta ou sétima, ou tantas outras incapazes, estaria atendido o requisito legal, opinião que deve prevalecer modernamente, sob a égide do presente Código, quando é reduzido o número de testemunhas testamentárias. O exame do caso concreto deve dar a solução correta.

Situações terão ocorrido, sem dúvida, de extrema injustiça, que, não contrariando o espírito da lei, não deveriam anular o testamento. Tanto o testador como a testemunha podiam “crer” que não havia o impedimento. Trata-se do princípio da boa-fé. Daí por que Pontes de Miranda (1973, v. 59:220) diz que a capacidade *putativa* havia de ter o mesmo trato que a real. A questão resolve-se sob o prisma do erro escusável, examinando-se cada caso.

É verificada a incapacidade da testemunha no momento da feitura do testamento, a exemplo da capacidade do testador. Se uma das testemunhas, por exemplo, vinha a casar-se posteriormente com um dos herdeiros instituídos, tal não a tornaria impedida, e só por esse fato o testamento não perderia eficácia. As incompatibilidades em servir como testemunhas no ato eram no sistema de 1916, portanto, essas descritas na lei. Não se podia ampliá-las.

O Código Civil de 2002 aboliu o dispositivo que se referia especificamente às testemunhas testamentárias. Desse modo, a problemática é definida segundo as regras gerais que traçam normas sobre as testemunhas.

Deve ser levado em conta que as testemunhas instrumentárias subscrevem o ato intervindo *ad probationem* e *ad solemnitatem*. Sua função é de fiscalização, assegurando a livre vontade do testador e sua identidade. Desse modo, só podem ser testemunhas as pessoas que possuem os sentidos plenos e que podem estar atentas às solenidades e aos atos realizados, podendo reportá-los com maiores ou menores detalhes, no futuro, se necessário. Como vimos, todas as formas ordinárias e especiais de testamentos exigem a presença de testemunhas, à exceção da forma excepcional descrita no art. 1.879.

A regra geral das incapacidades para servir como testemunhas está estampada no art. 228, situações que devem ser adaptadas aos testamentos. Assim, não podem ser admitidos como testemunhas, como vimos no estudo da parte geral:

“I – os menores de dezesseis anos;

II – aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a

prática dos atos da vida civil;

III – os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

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.”

Os incapazes inseridos nos três primeiros incisos não podem participar de qualquer ato. Apesar de não serem incapazes, os surdos e os cegos não podem ser testemunhas em testamentos, pois esses negócios exigem plenitude dos sentidos da visão e da audição em virtude da complexidade de suas solenidades. As incapacidades dessas testemunhas devem ser tidas como absolutas e devem ser examinadas no momento em que o testamento é elaborado.

Por aplicação do inciso IV, devem ser considerados interessados no ato os herdeiros e os legatários. Não poderão estes, em princípio, ser testemunhas no testamento. Nada impede que o amigo íntimo participe do testamento como testemunha. O inimigo capital do testador certamente não será convidado para o negócio testamentário e, se isso ocorrer, não terá o condão de inquinar o testamento. Da mesma forma, por aplicação do inciso V, o cônjuge, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau do testador ou dos beneficiados no testamento (herdeiros ou legatários), por consanguinidade, ou afinidade, também não podem ser testemunhas.

Tudo é no sentido, porém, de que as ilegitimidades descritas nos incisos IV e V, no que se refere aos testamentos, devem ser vistas *cum granum salis*. Não há nulidade textual, pois o legislador não assume expressamente essas nulidades, como fazia o Código de 1916. Desse modo, não há que se entender como irremediavelmente nulo um testamento simplesmente porque, por exemplo, um parente do legatário participou do testamento como testemunha, sem qualquer outra atividade no ato ou na vontade do testador. Com a palavra a futura jurisprudência. De qualquer forma, há que se tomar a cautela devida no testamento, sempre sujeito a ataques de nulidade, não se inserindo como testemunha qualquer pessoa que direta ou indiretamente possa obter proveito com as disposições testamentárias. Tudo deve ser no sentido de que se evite a captação de vontade do testador ou suspeita de que ocorra. O primeiro cuidado deve ser do próprio testador na escolha das testemunhas. A cautela deve ser reiterada pelo oficial público, nos testamentos em que atua, sempre esclarecendo o testador a respeito.

Não pode também ser testemunha testamentária o analfabeto. Ainda que saiba assinar, sua incapacidade persiste, pois é imprescindível que saiba ler e escrever. Em vários pontos a lei aponta o requisito, pois a testemunha pode ser chamada a assinar a rogo do testador (art. 1.865), a ler o testamento do cego, quando por ele indicado (art. 1.867), e a reconhecer a assinatura do testador no testamento particular (art. 1.878). Apenas no testamento nuncupativo do art. 1.896 a doutrina admite a testemunha analfabeta (Oliveira, 1987:201).

Não há impedimento de que funcionários do cartório testemunhem, embora a lei de organização judiciária possa proibi-los, mas essa participação não vicia o testamento, apenas sujeita o cartorário a

sanções administrativas. O próprio testamenteiro não está inibido de servir como testemunha, embora venha a ser remunerado, na execução do testamento, com a vintena. Vimos, ao examinar os testamentos, que as formalidades são estritas, não se pode ampliá-las. É claro que as testemunhas devem ser devidamente identificadas e qualificadas, mas essa lacuna por si só não traz nulidade.

O termo *codicilo* é diminutivo de *codex*, derivado do latim clássico, de *caudex*, que significava inicialmente tronco de árvore, e daí o sentido de “tabuinhas de escrever” e, depois, livro, registro. Portanto, significava pequeno livro, pequeno registro.

Em nosso direito, trata-se de um ato simplificado de última vontade, para as disposições de pequena monta.

Derivado do Direito Romano, são poucas as legislações modernas que o admitem.

Diz o art. 1.881:

“toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal”.

A lei exige que seja escrito pelo disponente e coloca a data como requisito essencial, coisa que não existe no testamento. Não necessita de testemunhas. Se é admitido testamento particular datilografado, por ausência de proibição no passado e doravante autorizado, também assim será o codicilo.¹² A questão passa para o enfoque da prova de autenticidade. O Projeto nº 6.960 acrescenta parágrafo único para dirimir quaisquer dúvidas, se que ainda existentes: *“O escrito particular pode ser redigido mecanicamente, desde que seu autor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.”* Com esse texto, porém, passam a ser requisitos de validade a numeração e assinatura do disponente em todas as páginas do codicilo.

A assinatura é essencial. É admitida, pois, só a forma hológrafa, que pode ser fechada em semelhança ao testamento cerrado. Toda pessoa que pode testar pode dispor por codicilo. Assim, se o cego pode escrever, pode dispor dessa forma.

O codicilo pode servir também para disposições não patrimoniais que podem constar dos testamentos, como nomeação de testamenteiros, tutores, curadores, reconhecimento de paternidade (trata-se de escrito que se insere no art. 363, III), perdão do indigno etc.

O codicilo pode ser feito sob a forma de carta enviada para a guarda de terceiro. Embora não se exijam palavras sacramentais, deve o disponente demonstrar que se trata de disposição codiciliar. Conveniente que faça alusão aos dispositivos legais. A lei diz que o alcance patrimonial do codicilo deve ser de pequena monta. Tal montante deve ser visto em relação a todo o patrimônio sucessório. Nele, não é possível incluir bens imóveis. Joias de pouca monta devem ser entendidas dentro do contexto da

herança. Também não há que se prefixar uma porcentagem sobre o valor da herança.

Pontes de Miranda (1973, v. 59:255) entende que, mesmo quando as deixas codiciliares forem entendidas como exageradas, podem-se fazer as reduções, como se faz com os testamentos, por analogia ao art. 1.967, numa redução proporcional, ouvindo-se os interessados.

O codicilo tem vida própria, tenha ou não o autor deixado testamento (art. 1.882). Não tem valor entre nós a chamada *cláusula conciliar*, pela qual o testador dizia que, se seu ato não valesse como testamento, que servisse como codicilo. O codicilo não pode valer como testamento.

Um codicilo pode revogar outro. Um testamento também pode revogar um codicilo. No entanto, codicilo não revoga testamento, que só pode ser revogado por outro testamento. Art. 1.884: “os atos previstos nos artigos antecedentes revogam--se por atos iguais, e consideram-se revogados, se, havendo testamento posterior, de qualquer natureza, este os não confirmar ou modificar”.

Se houver testamento posterior ao codicilo, o testamento deverá necessariamente fazer referência e confirmar o ato menor, senão este se considera revogado. Se o codicilo apresentar-se fechado, sua abertura será igual à do testamento cerrado (art. 1.885).¹³

Processualmente, o codicilo deve ser registrado e aberto, se for o caso, como um testamento particular, segundo o estatuto processual de 2015. Não tem testemunhas. O CPC determina, no art. 737, § 3º, que se aplica ao codicilo o disposto no testamento particular.

¹ “**Testamento público** – Ação declaratória de nulidade – Vício de forma – Flexibilização – ‘Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Processual civil. Ação declaratória de nulidade de testamento público. Vício de forma. Flexibilização. Prevalência da real vontade do testador. Ausência de similitude fática. Acórdão embargado em consonância com a atual jurisprudência desta Corte superior. Súmula nº 168/STJ. Alegação de omissões no decisum. Não ocorrência. Advertência de multa. Embargos rejeitados. 1. Não sendo admitido o processamento dos embargos de divergência, por ausência de similitude fática entre os arestos confrontados, revela-se despiciendo o exame dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, razão pela qual não há que se falar em omissão no acórdão embargado. 2. Advertência de que a oposição de novos embargos de declaração de cunho protelatório ensejará a aplicação de multa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração rejeitados” (STJ – EDcl-AgRg-EDcl-Ag-REsp 365.011 – (2013/0209478-6), 2-3-2016, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

“Agravo de instrumento. **Ação declaratória de nulidade de testamento**. Indeferimento da antecipação da tutela. Pleito de suspensão do inventário e da ação de abertura, registro e cumprimento de inventário, bem como a reserva de bens deixados pela *de cujus* devem ser formulados nos autos dos respectivos processos que estão em curso. Ausência de competência deste juízo para intervir nas outras demandas. Decisão mantida. Recurso não provido” (TJSP – AI 2016121-84.2014.8.26.0000, 5-3-2014, Rel. Moreira Viegas).

“Apelação cível – **Ação de nulidade de testamento** – Cláusula testamentária expressa – Inexistência de possibilidade de diferentes interpretações – Recurso improvido – No presente caso, em que pese a existência de 05 (cinco) testamentos elaborados pela testadora ao longo de 20 (vinte) anos, em dois deles há a mesma vontade exarada de forma expressa, qual seja, a de que a titularidade da parte disponível dos bens seja transferida ao seu filho Ricardo Lundgren Sani, ora Apelado. Desta forma, andou bem o magistrado a quo, sobretudo porque a cláusula testamentária em comento não se mostra suscetível a diferentes interpretações, por estar expressa claramente. Ademais, vale lembrar que o testamento é um ato jurídico unilateral, solene e revogável, podendo ser alterado pelo testador a qualquer tempo antes de sua morte, devendo prevalecer sempre a sua última disposição se esta, claro, estiver de acordo com as prescrições legais. O que se verifica no caso em tela” (TJPE – Ap. 0026530-49.2007.8.17.0001, 6-1-2012, Rel. Des. Antônio Fernando de Araújo Martins).

“Agravamento de instrumento – **Apresentação de testamento particular** – Utilização de meio processual inadequado para atacar sentença – Não conhecimento – Nome da decisão guerreada. 1 – Conforme já consolidado na doutrina moderna, pouco importa o nome ou título dado a decisão do magistrado, deve-se, na verdade, observar o seu conteúdo para, em seguida, lançar mão do recurso adequado com a finalidade de atacá-la. *In casu*, percebe-se claramente que o magistrado proferiu verdadeira sentença, uma vez que seu conteúdo possui o condão de implicar em alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, do código de ritos, nominando-a, no entanto, de decisão. Assim, o único recurso a ser manejado contra a sentença é o recurso de apelação e não de agravo por instrumento conforme for feito pelo agravante, razão pela qual não deve ser conhecido seu intento recursal. Recurso não conhecido por inadequação da via eleita” (TJES – AI 29109000058, 1-7-2011 – Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa).

2 “**Testamento público** – Ação declaratória de nulidade – Vício de forma – Flexibilização – ‘Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Processual civil. Ação declaratória de nulidade de testamento público. Vício de forma. Flexibilização. Prevalência da real vontade do testador. Ausência de similitude fática. Acórdão embargado em consonância com a atual jurisprudência desta Corte superior. Súmula nº 168/STJ. Alegação de omissões no decisum. Não ocorrência. Advertência de multa. Embargos rejeitados. 1. Não sendo admitido o processamento dos embargos de divergência, por ausência de similitude fática entre os arestos confrontados, revela-se despidendo o exame dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, razão pela qual não há que se falar em omissão no acórdão embargado. 2. Advertência de que a oposição de novos embargos de declaração de cunho protelatório ensejará a aplicação de multa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração rejeitados” (STJ – EDcl-AgRg-EDcl-Ag-REsp 365.011 – (2013/0209478-6), 2-3-2016, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

“Apelação – **Declaratória de nulidade de testamento público** – Pretensão ancorada em alegação de incapacidade do testador – improcedência, carregando aos autores os ônus da sucumbência – apelo dos demandantes – preliminar de deserção do recurso aventada em contrarrazões – Gratuidade da justiça, no entanto, concedida aos autores pelo Juízo *a quo*. Matéria prejudicada. Preliminar de ofensa ao princípio da identidade física do juiz. Regra de caráter não absoluto. Ausência, ademais, de qualquer prejuízo às partes. Preliminar de nulidade decorrente de prejudgamento ou violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Não configuração, ante à inequívoca ocorrência de erro material relativamente à data em que proferida a sentença. Capacidade testamentária ativa presumida. Aventada incapacidade do testador, por ocasião do testamento, não comprovada. Higiene mental do testador atestada por perícia médica indireta e ratificada por testemunhas, inclusive pelo tabelião no cartório no qual o testamento foi lavrado. Desnecessidade de conversão do julgamento em diligência. Improcedência ratificada nos moldes do art. 252 do RITJSP – Pedido de majoração de verba honorária formulado em contrarrazões que não é conhecido, pois veiculado pela via inadequada. Litigância de má-fé dos autores não configurada. Negado provimento ao recurso” (v. 19909) (TJSP – Ap 0003156-87.2007.8.26.0248, 28-7-2015, Rel.^a Viviani Nicolau).

“Agravos retidos – Insurgência contra o indeferimento de exumação de cadáver para verificação de sua capacidade de testar e contradita de testemunha (tabelião que lavrou o testamento público). Desnecessidade de exumação, eventual aferição se valerá de entrevistas com pessoas próximas ao examinado, bem como exames médicos à época que testou. Cartório que exerce sua função legal. Fé pública. Desinteresse no resultado da ação. Agravos retidos desprovidos. Anulação de testamento – pedido julgado improcedente – a regra geral é a capacidade de testar – Nulidade fundada em incapacidade do testador que exige prova cabal e irretorquível do alegado, e não admite meros indícios e participação da beneficiária na lavratura do testamento. Inexistência de prova da incapacidade de testar do testador. Perfeito juízo confirmado pelo tabelião. Situação de bem querência entre a beneficiária e o testador. Insustentabilidade. Sentença mantida. Apelo desprovido” (TJSP – Ap 9000001-06.2011.8.26.0369, 7-1-2014, Rel. Percival Nogueira).

“**Testamento**. Nulidade. Preterição de formalidade legal. Vícios formais. “Processual civil. Direito civil. Agravo regimental no recurso especial. Nulidade de testamento. Preterição de formalidade legal. Vícios formais incapazes de comprometer a higidez do ato ou pôr em dúvida a vontade do testador. Súmula 7/STJ. 1. A análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do testador, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens. Precedentes do STJ. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem, com suporte em ampla cognição das provas produzidas nos autos, assentou, de modo incontroverso, que a escritura pública de testamento reflete as disposições de última vontade do testador. 4. Agravo regimental desprovido” (STJ – AgRg-REsp 1.073.860 – (2008/0155213-8), 1-4-2013, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira).

“Apelações cíveis – Ação anulatória de ato jurídico – **Testamento público** – Preliminar – Ofensa ao princípio da dialeticidade – Afastada – Mérito – Requisitos do art. 1.864 preenchidos – Não comprovação da incapacidade do testador ao tempo do testamento – Recurso interposto pelo primeiro apelante provido – Recurso interposto pelo segundo recorrente não conhecido. Certificado que um dos apelantes deixou transcorrer *in albis* o prazo recursal, contra a decisão que indeferiu a gratuidade da justiça, bem como ausente o

recolhimento do preparo, impõe-se o não conhecimento do recurso. Não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade, se restar demonstrado que a petição recursal possui os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo da parte vencida na demanda. Comprovado que o testamento público contém todos os requisitos de validade previstos no art. 1.864 do CC – escrito por tabelião, de acordo com as vontades do testador; lavrado por instrumento público, na presença de cinco testemunhas – embora a lei exija duas, e assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião –, bem como que ao seu tempo o testador gozava de pleno discernimento e capacidade para manifestar livremente sua vontade, não há falar em procedência do pedido anulatório” (TJMS – Acórdão Apelação Cível 2011.005532-2/0000-00, 8-11-2011, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay).

3 “Apelação cível – Sucessão testamentária – Ação declaratória de **nulidade de testamento** com pedido cautelar. Testamento público. Presença de pagamento do preparo. Pedido de justiça gratuita formulado na apelação. Pleito negado. Necessidade de comprovação de hipossuficiência. Tese de cerceamento de defesa não acolhida. Nulidade de testamento público por vícios formais afastada. Formalismo que não deve se opor à vontade do testador. Sentença reformada. Inversão dos ônus sucumbenciais. Recurso conhecido e parcialmente provido” (TJAL – Ap 0003719-96.2011.8.02.0058, 6-1-2016, Rel. Des. Domingos de Araújo Lima Neto).

“Inventário– **Testamento** – Legado – Renúncia – Necessidade de instrumento público ou termo judicial – Ato Solene – Invalidade de documento particular – Agravo de instrumento não provido” (TJSP – AI 2032459-70.2013.8.26.0000, 13-2-2014, Rel. Guilherme Santini Teodoro).

“**Testamento público** – Anulação do ato jurídico – Impossibilidade – Falecimento da testadora por problemas relacionados à obesidade – Ausente prova de suposta incapacidade para formalização do ato – Tabelião, no exercício da função revestida de fé pública, a atestar a plena compreensão da testadora à época – Presunção *juris tantum* não afastada pela autora – Falecimento da mãe da testadora anterior ao óbito desta – Alegado pela autora, apenas em sede do apelo, que o caso abrange herança de pessoa viva – Pretensão a extrapolar os limites da inicial – Sentença mantida – Recurso não provido” (TJSP – Acórdão Apelação Cível 0034930-43.2007.8.26.0602, 19-6-2013, Rel. Des. Elcio Trujillo).

“Recurso especial – **Ação declaratória de nulidade de testamento** – Procedência do pedido – Vícios do ato reconhecidos nas instâncias ordinárias – Capacidade para testar – Ausência de pleno discernimento (CC/2002, art. 1.860; CC/1916, art. 1.627) – Testemunhas testamentárias – Inidoneidade (CC/2002, art. 228; CC/1916, art. 1.650) – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Princípio do livre convencimento motivado – Julgamento *extra petita* – Deferimento da antecipação dos efeitos da tutela – Insucesso do apelo especial – Questão prejudicada – 1 – O testamento público exige, para sua validade, que sua lavratura seja realizada por tabelião ou seu substituto legal, na presença do testador e de duas testemunhas que, após leitura em voz alta, deverão assinar o instrumento. 2 – É inválido o testamento celebrado por testador que, no momento da lavratura do instrumento, não tenha pleno discernimento para praticar o ato, uma vez que se exige a manifestação perfeita de sua vontade e a exata compreensão de suas disposições. 3 – Nos termos do art. 228, IV e V, do Código Civil vigente (CC/1916, art. 1.650), não podem ser admitidos como testemunhas o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes, bem como os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade. *In casu*, houve violação dos referidos dispositivos legais, na medida em que o testamento público teve como testemunhas um amigo íntimo e a nora da única beneficiária da disposição de última vontade. 4 – O acórdão recorrido, com base no exame dos elementos fático-probatórios dos autos, consignou a ausência do pleno discernimento do testador para a prática do ato, bem como reconheceu a interferência da beneficiária na celebração do testamento e o reflexo de sua vontade na do testador, de modo que é inviável, em sede de recurso especial, a revisão de tais questões, haja vista o óbice da Súmula nº 7 desta Corte Superior. 5 – Consoante jurisprudência desta Corte, compete ao magistrado, à luz do princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do Código de Processo Civil, decidir quais as provas necessárias para formar sua convicção, razão pela qual não se pode exigir que seja levado em consideração determinado depoimento, mormente quando se tratar daquele prestado pelas testemunhas consideradas inidôneas. A convicção do julgador deve resultar do conjunto das provas produzidas na demanda. 6 – Fica prejudicada a análise da questão relativa ao julgamento *extra petita* pela antecipação dos efeitos da tutela, tendo em vista o insucesso do recurso quanto às demais questões. 7 – Recurso especial a que se nega provimento” (STJ – REsp 1.155.641 – (2009/0165306-0), 28-9-2012, Rel. Min. Raul Araújo).

“**Processo civil e civil** – Anulação de testamento – Impossibilidade – Bem reservado – Validade – Tratando-se de testamento público, lavrado em cartório, na presença de tabelião e demais testemunhas, denotando ato jurídico perfeito, para que haja a anulação daquele, mister a comprovação de quaisquer dos vícios do consentimento. Correta se mostra a declaração de vontade firmada pelo testador, em legar ao neto eventual divisão que lhe caberia em imóvel, quando se tratar de bem reservado, previsto no art. 246 do CC/16, adquirido unicamente com os esforços do trabalho da esposa e em data anterior às núpcias. Recurso conhecido e não provido” (TJDFT – Proc. 20060110677643 – (524884), 10-8-2011 – Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito).

4 “**Abertura e cumprimento de testamento público** – impugnação apresentada – instrumento lavrado em Portugal – Cumprimento da

legislação portuguesa é suficiente para a validade e eficácia do ato. ‘Jus soli’ levado em consideração. Pretensão da apelante abrangendo aspectos intrínsecos exige processo de conhecimento amplo, observadas as vias ordinárias. Aspectos extrínsecos devidamente cumpridos pelo notário português. Desnecessidade de outras provas. Cerceamento de defesa não configurado. Apelo desprovido” (TJSP – Ap 1093849-49.2013.8.26.0100, 26-10-2015, Rel. Natan Zelinski de Arruda).

“**Testamento Público – Procedimento de abertura e aprovação** – Pedido de suspensão – Ação anulatória – Prejudicialidade – Não ocorrência – O pedido de suspensão do procedimento de abertura e aprovação de testamento público por conta da existência de ação anulatória dele perante juízo diverso não deve ser atendido se foi apresentado depois da prolação de decisão nele. A pretensão de suspensão não tem o condão de afastar o trânsito e julgado da decisão proferida, o que se dá com a interposição de recurso. A ação anulatória, que reúne discussão sobre defeitos quanto à manifestação de vontade da testadora, pode gerar a suspensão do inventário, por produzir reflexos na partilha dos bens. Recurso não provido” (TJMG – AI 1.0024.11.293003-7/001, 23-4-2012, Rel. Almeida Melo).

“**Apelação cível** – Testamento público – Alegação de vício formal – Princípio da conservação – Leitura do ato não certificada no instrumento – Cumprimento dos requisitos legais certificado pelo oficial – Presunção de observância das formalidades legais – Disposição de

última vontade confirmada por testemunha – Conhecimento – Desprovitamento – A pretensão de nulidade do testamento deve se fundamentar em vício que ponha em dúvida a faculdade mental do testador de forma a comprometer a consciente disposição dos seus bens – Não prospera a pretensão de nulidade de testamento, sob o fundamento de vício formal desprovido de elemento probatório que comprove ilegalidade na confecção do testamento de forma a refutar a veracidade do ato jurídico e a livre disposição dos bens pelo testador” (TJRN – AC 2010.003068-8,20-1-2011 – Relª Juíza Conv. Sulamita Bezerra Pacheco).

5 “**Apelação Cível – Testamento** – Declaração de renúncia de bens prestada pelos herdeiros. Impossibilidade. Omissão de existência de herdeiros. Falsidade das declarações. Nulidade do instrumento. Provimento do apelo. I – O testamento é um negócio jurídico solene, que deve observar as formalidades legais. II – A declaração de renúncia de bens prestada pelos herdeiros no corpo do testamento é nula de pleno direito porque não há possibilidade jurídica de renúncia à herança de pessoa viva. III – Havendo omissão de existência de herdeiros é nulo instrumento porque a declaração importa em prejuízo à terceiro. IV – Apelo provido” (TJMA – AC 52.858/2014 – (188777/2016), 14-9-2016, Relª Desª Maria das Graças de Castro Duarte Mendes).

“**Apelação cível – Sucessões** – Pedido de registro e cumprimento de testamento – Procedimento de jurisdição voluntária – Inocorrência de coisa julgada – Testamento particular elaborado por processo mecânico, composto por duas folhas independentes – Disposições testamentárias constantes integralmente da primeira folha, da qual consta apenas a assinatura do testador, não assinada e nem rubricada pelas testemunhas instrumentárias – Segunda folha que se resume apenas às assinaturas das testemunhas instrumentárias, sem contar com a assinatura ou rubrica do testador – Impossibilidade de registro do testamento, diante das particularidades do caso – Existência de vício externo capaz de tornar o testamento suspeito de nulidade ou falsidade – 1- Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária, não há lide e, conseqüentemente, a sentença prolatada não produzirá coisa julgada material, mas apenas formal. 2- É corolário lógico de que o espírito

da lei, ao exigir a assinatura do testador e das testemunhas instrumentárias no testamento particular elaborado por processo mecânico (art. 1.879, § 2º, do Código Civil), é o de revestir o documento de segurança capaz de confirmar a veracidade de que aquelas seriam as disposições de livre vontade do testador. Embora a literalidade do mencionado artigo de lei não faça expressa menção à necessidade de que, caso o testamento seja impresso em mais de uma folha, todas as páginas devem ser ao menos rubricadas – A exemplo do que preconiza o parágrafo único do art. 1.864 do CCB, relativamente ao testamento público, e o parágrafo único do art. 1.868 do CCB, relativamente ao testamento cerrado – Esta formalidade também deve ser observada no testamento particular, por ser o único modo capaz de aferir que todas as folhas apresentadas são parte integrante do documento feito pelo testador na presença das testemunhas. 3- Nesse contexto, não se revela possível confirmar testamento particular digitado e impresso, composto por duas folhas avulsas, quando as disposições testamentárias constarem integralmente da primeira folha, assinada somente pelo testador – Não assinada e nem rubricada pelas testemunhas instrumentárias –, constando da segunda folha tão somente as assinaturas das testemunhas, dela não constando a rubrica ou a assinatura do testador. Isso porque, nessas circunstâncias, há vício externo que, evidentemente, é capaz de tornar o documento suspeito de nulidade ou falsidade, uma vez que o teor das disposições poderia ser facilmente alterado a qualquer momento posteriormente à feitura do testamento, mediante a edição de novo texto, que, depois de impresso, seria simplesmente ‘juntado’ às assinaturas das testemunhas, constantes de folha apartada, dando a aparência de que aquelas seriam as declarações de livre vontade do testador feitas na presença delas. Rejeitada a preliminar contrarrecursal, negaram provimento. Unânime” (TJRS – AC 70063523385, 18-6-2015, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santo).

“**Agravo de instrumento.** Inventário. Regra que dita que **testamento cerrado** somente pode ser revogado por outro testamento.

Inteligência do art. 1.969, do CC. Exceção, aplicável ao caso concreto, feita pelo art. 1.972, que reza que o testamento cerrado, aberto ou dilacerado, com consentimento do testador, é considerado revogado. Testamento da falecida que se tem como revogado ante o teor do art. 1.874, do CC. Competência do juízo agravado para processamento do inventário. Recurso provido” (TJSP – AI 0152110-33.2013.8.26.0000, 3-10-2013, Rel. João Batista Vilhena).

“**Apelação cível** – Ação declaratória de falsidade de documento – **Testamento cerrado firmado perante tabelião** – Documento público com veracidade atestada por servidor dotado de fé pública. Desnecessidade de realização de provas inúteis. Juízo é o destinatário das provas, sendo-lhe facultada o indeferimento das que entender serem procrastinatórias. Válido ressaltar ainda que o presente feito é meio inadequado para discutir a fé pública do tabelião de registros públicos. Recurso conhecido e improvido, à unanimidade. (TJPA – Acórdão 20103019972-8 – (103325), 9-1-2012, Rel. Des. Ricardo Ferreira Nunes).

“**Ação de anulação de testamento cerrado** – Inobservância de formalidades legais – Incapacidade da autora – Quebra do sigilo – Captação da vontade – Presença simultânea das testemunhas – Reexame de prova – Súmula nº 7/STJ – 1. Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o Magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos. 2. O acórdão recorrido, forte na análise do acervo fático-probatório dos autos, afastou as alegações da incapacidade física e mental da testadora; de captação de sua vontade; de quebra do sigilo do testamento, e da não simultaneidade das testemunhas ao ato de assinatura do termo de encerramento. 3. A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado ao processo, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o Enunciado nº 7 da súmula desta Corte. 4. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ – REsp 1.001.674 – (2007/0250311-8), 15-10-2010 – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

6 “Sucessões – Apelação Cível – **Testamento particular** – Leitura do testamento pelo testamenteiro – Inobservância de formalidade prevista no art. 1.876, § 2º do CC – Pedido de decretação da nulidade do instrumento – Descabimento – Inexistência de indícios de falsidade – Vontade do testador – Prevalência – Testamento excluindo herdeiro necessário – Alegação de adiantamento de legítima – Falta de prova – Nulidade da parte que não contempla herdeiro necessário – Na interpretação das exigências testamentárias, deve prevalecer a vontade do ‘de cujus’, desde que verificada a presunção de legitimidade daquele ato e a capacidade mental do testador. As disposições testamentárias devem respeitar o direito dos herdeiros necessários à parte da legítima que lhes cabe, evidenciando-se a nulidade das disposições testamentárias em contrário – Apelo provido em parte” (TJMG – AC 1.0518.06.102855-2/001, 2-5-2016, Rel. Juiz Conv. Rodrigues Pereira).

“**Apelação cível – Testamento cerrado** – Testador que não sabe ler e escrever – Negócio jurídico – Requisitos de validade – I – O testador que não saber ler e escrever não poderá dispor de seus bens ou fazer declarações de última vontade por meio de testamento cerrado, nos termos do que prescreve o artigo 1.641, do Código Civil de 1916. II – Para a validade do negócio jurídico é necessário que o agente seja capaz, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei, sendo que a ausência de quaisquer desses requisitos leva à nulidade do negócio jurídico celebrado. III – A arguição de nulidade de ato jurídico, dotado de fé pública, só pode ser combatida com a demonstração cabal e concludente de que a sua prática se deu por vício de consentimento. Apelo conhecido e parcialmente provido” (TJGO – Acórdão 200792649605, 11-5-2012, Rel. Des. Francisco Vildon Jose Valente).

“**Apelação cível** – Sucessão – Inventário – Sonegação de bens – Vias ordinárias – Questão que demanda dilação probatória – Testamento cerrado – Proteção da legítima – Cônjuge sobrevivente – Herdeiro necessário – Recurso provido – Havendo necessidade de dilação probatória quanto à alegação de sonegação de bens de propriedade imobiliária do falecido, deve-se remeter a questão para as vias ordinárias. Deve ser reduzida as disposições testamentárias até o montante da porção disponível, quando o testamento é celebrado na vigência do Código Civil de 1916 e a sucessão ocorre já sob a égide do Novo Código Civil, porquanto agora o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário” (TJMS – AC 2009.011978-4/0000-00, 22-9-2010 – Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto).

7 “Apelação – Inventário – Bens deixados em testamento – Alegação de nulidade do ato – Ausência de ação própria de anulação de testamento – Manutenção da sentença – Necessidade – A questão relativa à anulação do testamento reclama procedimento autônomo e próprio, sendo inviável a análise quanto à sua validade nos próprios autos do inventário – Deixando os apelantes de comprovar a existência de ação autônoma relativa à alegada nulidade do testamento cerrado deixado pelo de cujus, não há que se falar em cassação ou nulidade da sentença, nem tampouco de suspensão do processo de inventário” (TJMG – AC 1.0024.13.077316-1/002, 26-7-2016, Rel. Elias Camilo).

“**Testamento.** Abertura, registro e cumprimento. Herdeira que comunicou a existência de testamento cerrado deixado pelo *de cujus*. Sentença extintiva do processo, com base no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, porque o testamento já foi apresentado

aberto. Inconformismo. Acolhimento parcial. Matéria alegada que não pode ser discutida nos acanhados limites do procedimento de jurisdição voluntária, exigindo ação própria. Possibilidade, no entanto, do registro e arquivamento do testamento. Inteligência do art. 1.126, parágrafo único, do referido diploma processual. Cumprimento do testamento que dependerá do que for decidido em outro processo. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido” (TJSP – Ap 0029997-39.2011.8.26.0100, 18-4-2013, Rel. J. L. Mônaco da Silva).

“**Apelação cível – Ação de anulação de testamento cerrado** – Preliminar – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Indeferida a perícia grafotécnica no testamento cerrado, sem interposição de recurso pela autora, a matéria resta preclusa, não havendo falando em cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Mérito. Elaborado o testamento sob a vigência do Código Civil de 1916, é a legislação aplicável à espécie. O art. 1.638 do CC/16 traz os requisitos essenciais para a validade do testamento cerrado, dentre os quais não está a necessidade de autenticação das assinaturas do testador e demais testemunhas que assinam o ato. O auto de aprovação elaborado pelo Tabelião no próprio testamento garante a confiabilidade necessária ao ato, mormente confirmando a autenticidade em juízo. Observados os requisitos essenciais do ato, impunha-se a improcedência da ação. Rejeitaram a preliminar e desproveram a apelação” (TJRS – Acórdão 70040970592, 13-7-2012, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho).

“**Apelação cível** – Nulidade do testamento – Prazo prescricional – Sentença cassada – Recurso provido – O prazo prescricional para a interposição de ação objetivando a nulidade do testamento baseada na falta dos requisitos ou formalidades essenciais à sua validade é a prevista no art. 177 do antigo Código Civil e não a do art. 178, § 9º, IV, do mesmo diploma. Exame do *meritum causae* pelo tribunal – possibilidade – aplicação do § 1º do art. 515 do Código de Processo Civil – Ação declaratória de nulidade de testamento cerrado – Ato de disposição elaborado por pessoa analfabeta – Infração ao art. 1.641 do antigo Código Civil – Nulidade reconhecida – Procedência do pedido – Por expressa previsão legal (art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil), está o Tribunal autorizado a julgar questões suscitadas e discutidas no processo e não aventadas na sentença, sem que com isso gere supressão de instância. O analfabeto não poderá dispor de seus bens ou fazer declarações de última vontade por meio de testamento cerrado, visto que a inobservância a tal formalidade essencial gera o reconhecimento da nulidade” (TJSC – AC 2009.057834-2, 17-3-2010 – Rel. Des. Fernando Carioni).

8 “**Apelação cível – Ação de nulidade de testamento cerrado** – extinção por perda do objeto – Adequação – Caso em que a apelante deseja ver decretada a nulidade de um testamento cerrado. Contudo, outro testamento – Público – Confeccionado posteriormente pelo mesmo testador, e que continha cláusula expressa de revogação dos testamentos anteriores, foi declarado válido em anterior demanda julgada por esta Corte (AC nº 70029017506). Nesse passo, não há interesse em invalidar um testamento que não irá produzir qualquer efeito, sendo de rigor a manutenção da sentença que julgou extinto o feito, por perda do objeto. Negaram provimento” (TJRS – AC 70069227585,8-9-2016, Rel. Des. Rui Portanova).

“**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 com resolução do mérito. Reforma. Recurso parcialmente provido, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem” (TJSP – Ap 1082496-75.2014.8.26.0100 – São Paulo – 3ª CD.Priv. – Relª Marcia Dalla Déa Barone – DJe 26.03.2015 – p. 1.792).

“**Ação de anulação de testamento – Testamento cerrado** – Requisitos obedecidos – Art. 1.868 do Código Civil – Redução – Via ordinária – Recurso não provido. – Tendo o testamento cerrado observado as disposições de última vontade do testador, revestindo-se o solene ato dos requisitos legais, não há se falar em sua anulação” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 4-2-2012, 1.0024.06.229530-8/002, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

“**Ação anulatória de testamento cerrado** improcedência insurgência incomprovação, contudo, de que a testadora tenha sido induzida a erro ou a qualquer outro vício do consentimento sentença que deu pela improcedência da ação mantida – Apelo improvido” (TJSP – Ap. 994.07.038113-2, 21-10-2010 – Rel. Testa Marchi).

9 “**Ação rescisória** – Sucessões – Inventário – Alegação de existência de documento novo – **Testamento Cerrado** – Acórdão rescindendo que expressamente ressalvou a discussão em sede própria dos reflexos de eventual disposição testamentária válida sobre a adjudicação dos bens à companheira. Ausência dos requisitos próprios à via processual eleita. Extinção do processo, sem resolução de mérito” (TJSP – AR 0008724-42.2013.8.26.0000, 29-2-2016, Rel. Claudio Godoy).

“**Testamento cerrado** – Pretensão de herdeira instituída de provar a causa da deserdação da filha da testadora, na forma do art. 1.965, do CC. Caso nítido de prova póstuma, não sendo permitido antecipar isso enquanto viva a testadora, inclusive para não romper o segredo que caracteriza essa modalidade de ato. Testamento e a deserdação serão atos válidos somente quando do falecimento, sob pena de

adiantar discussão sobre herança de pessoa viva, embora ressalvadas situações especiais em que se permite a discussão prévia. Provimento, em parte, apenas para excluir a condenação em honorários (por não ter ocorrido a citação)” (TJSP – Ap 990.10.254690-0, 8-9-2010 – Rel. Enio Zuliani).

10 “Agravamento regimental no agravo em recurso especial – Comprovação da tempestividade do recurso especial em agravo regimental – Suspensão do expediente forense – Possibilidade – **Testamento particular** – Requisitos formais – Flexibilização – Testamento de emergência – Ausência de comprovação da situação excepcional – Art. 1.879 do CC – Súmula nº 7/ STJ – Divergência jurisprudencial – Não realização de cotejo analítico – 1 – A comprovação da tempestividade do agravo em recurso especial em decorrência de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem pode ser feita posteriormente, em agravo regimental, desde que por meio de documento idôneo capaz de evidenciar a prorrogação do prazo do recurso cujo conhecimento pelo STJ é pretendido. 2 – É possível flexibilizar as formalidades prescritas em lei no tocante ao testamento particular, de modo que a constatação de vício formal, por si só, não enseja a invalidação do ato, mormente quando demonstrada, por ocasião do ato, a capacidade mental do testador para livremente dispor de seus bens. 3 – Nos termos do art. 1.879 do CC, permite-se seja confirmado, a critério do juiz, o testamento particular realizado de próprio punho pelo testador, sem a presença de testemunhas, quando há circunstância excepcional declarada na cédula. 4 – Incide a Súmula nº 7 do STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 5 – A transcrição da ementa ou do inteiro teor dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial. 6 – Agravo regimental desprovido” (STJ – AgRg-AG-REsp. 773.835 – (2015/0223370-0), 10-3-2016, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

“Agravamento regimental em recurso especial – Direito Civil – **Testamento particular** – Vontade do testador mantida – vícios formais afastados – capacidade mental reconhecida – jurisprudência do STJ – Súmula nº 83/STJ – revisão de provas – Súmula nº 7/STJ – 1- Na elaboração de testamento particular, é possível flexibilizar as formalidades prescritas em lei na hipótese em que o documento foi assinado pelo testador e por três testemunhas idôneas. 2- Ao se examinar o ato de disposição de última vontade, deve-se sempre privilegiar a busca pela real intenção do testador a respeito de seus bens, feita de forma livre, consciente e espontânea, atestada sua capacidade mental para o ato. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 3- Incide a Súmula nº 7 do STJ na hipótese em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 4- Agravo regimental desprovido” (STJ – AgRg-REsp 1.401.087 – 2013/0290454-9, 13-8-2015, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

“Agravamento de instrumento. Cumprimento de **testamento particular**. Citação dos colaterais alijados do testamento. Necessidade. É indiferente que os colaterais tenham sido excluídos da herança pelo testamento, pois sua citação decorre da condição de sucessores legítimos, fixada por lei, sendo imprescindível para o cumprimento do testamento. Medida que não traz qualquer prejuízo ao agravante, garantindo a lisura do feito. Decisão mantida. Agravo desprovido” (TJSP – AI 0115651-66.2012.8.26.0000, 6-2-2013, Rel. Miguel Brandi).

“**Testamento particular** – Digitação e leitura realizada à rogo do testador – Circunstâncias especiais – Vícios formais afastados – Vontade do testador mantida – Plenitude mental comprovada – Recurso desprovido – A jurisprudência tem aconselhado o afastamento da interpretação literal da regra inserta no art. 1876, § 2º, do C. Civil, quando o testamento particular expressa realmente a vontade do testador, que o confirma de modo lúcido perante três testemunhas idôneas” (TJMT – Ap. 32816/2012, 8-11-2012, Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha).

“Apelação cível – **Testamento particular** – Não preenchimento dos requisitos de validade exigidos pelo Código Civil de 16 e pelo Código de Processo Civil – Impossibilidade de confirmação judicial – Recurso conhecido e improvido – Manutenção da sentença de 1º grau – 1 – Para que o testamento particular seja considerado válido deve ser escrito e assinado pelo testador e, após lido por este, assinado por mais cinco testemunhas (art. 1.645 do CC/16). 2 – A confirmação em juízo exige o reconhecimento conteste da autenticidade do testamento por pelo menos três das cinco testemunhas que o assinaram (art. 1.133 do CPC). 3 – Ainda que o testador não escreva o testamento de próprio punho, deve ele próprio datilografá-lo ou digitalizá-lo, sob pena de nulidade. 4 – Se as alegações das testemunhas são controvertidas e insuficientes para comprovar a autenticidade do testamento, é defeso o juiz confirmá-lo. 5 – Recurso conhecido e improvido. Manutenção da sentença de 1º grau” (TJES – AC 12040057999, 20-7-2011 – Rel. Des. Carlos Simões Fonseca).

11 “**Testamento Particular** – Confirmação – Requisitos Essenciais – Assinatura de três testemunhas idôneas – ‘Recurso especial. Testamento particular. Confirmação. Requisitos essenciais. Assinatura de três testemunhas idôneas. Leitura e assinatura na presença das testemunhas. Inobservância. Abandamento. Impossibilidade. Vontade do testador. Controvérsia. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. 1. Cuida-se de procedimento especial de jurisdição voluntária consubstanciado em pedido de confirmação de testamento particular. 2. Cinge-se a controvérsia a determinar se pode subsistir o testamento particular datilografado formalizado sem todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, no caso, a assinatura de pelo menos três testemunhas idôneas e a leitura e a assinatura do documento pelo testador perante as testemunhas. 3. A jurisprudência desta Corte tem flexibilizado as formalidades prescritas em lei no

contante 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 em apreço, o Tribunal de origem, à luz da prova dos autos, concluiu que a verdadeira intenção do testador revela-se passível de questionamentos, não sendo possível, portanto, concluir, de modo seguro, que o testamento exprime a real vontade do testador. 5. Recurso especial não provido” (STJ – REsp 1.432.291 – (2014/0014173-5), 8-3-2016, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

“**Civil e processual civil** – Abertura e registro de testamento particular – Ausência de testemunhas – Inobservância do requisito de validade – Flexibilização da formalidade prevista em lei – Vontade do testador não demonstrada por outros meios de prova. Indeferimento da inicial. Manutenção. 1- De acordo com o § 1º do artigo 1.876 do Código Civil, nos casos em que o testamento particular for escrito de próprio punho, o instrumento em que for manifestada a vontade do testador deve ser lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos 3 (três) testemunhas, que também devem subscrevê-lo. 2- Verificado que o testamento particular redigido de próprio punho não apresenta a subscrição de 3 (TRÊS) testemunhas, nem descreve qualquer circunstância excepcional apta a justificar a inobservância de tal formalidade, como faculta o artigo 1.879 do Código Civil, tem-se por inviabilizada a sua confirmação judicial, sobretudo quando não há provas que atestem, seguramente, que o documento exprime a vontade do *de cujus*. 3- Recurso de apelação conhecido e não provido” (TJDFT – PC 20140110846845 – (860154), 14-4-2015, Relª Desª Nídia Corrêa Lima).

“**Testamento particular** – Ratificação – Formalidades legais – Preenchimento – Testador – Leitura – Testemunhas – Assinatura – Art. 1.876, § 1º do Código Civil Brasileiro – Homologação – Herdeiros – Comparecimento espontâneo – Citação – Desnecessidade – Recurso – Desprovemento – 1 – Atendidas as solenidades de leitura, manifesto assentimento e assinatura das testemunhas, deve ser ratificado o testamento particular, nos termos do disposto no § 1º do art. 1.876 do Código Civil Brasileiro. 2 – O simples fato de as testemunhas terem assinado o testamento de forma isolada não o invalida, pois o § 1º do art. 1.876 do Código Civil nada dispõe a respeito do modo e tempo da leitura e assinatura do ato. Ademais, o que importa é a real vontade do testador e a sua higidez mental, que sempre há de prevalecer sobre o aspecto formal do instrumento. 3 – O comparecimento espontâneo do herdeiro do *de cujus* na audiência de confirmação do testamento particular, ainda que representado por seu advogado, supre a ausência do ato de citação. 4 – Recurso desprovido. Sentença mantida” (TJDFT – Proc. 20110110360937 – (577912), 11-4-2012, Rel. Des. Alvaro Ciarlini).

“**Apelação cível** – Confirmação e registro de testamento particular – Procedimento de jurisdição voluntária – Regularização do testamento e nomeação de testamenteiro para diligências acerca da herança – Pedido de inclusão no polo ativo – Filha do irmão da falecida – Alegação de que tem direito à herança – Discussão que deve ser tratada nas vias próprias – A ação interposta (confirmação e registro de testamento particular – jurisdição voluntária) tem apenas o objetivo de tornar regular o testamento e nomear testamenteira, para que possa diligenciar no sentido de apurar os valores porventura existentes em instituição financeira. Eventuais direitos de terceiros sobre os bens deixados pela falecida deverão ser pleiteados em ação própria” (TJMG – AC 1.0024.10.041653-6/001, 8-6-2011 – Relª Heloisa Combat).

12 “**Apelação cível – Abertura e publicação de codicilo** – Improcedência – A instituição de usufruto sobre bem imóvel e a deixa de veículo desbordam das possibilidades de manifestação de vontade por autor da herança, através de codicilo, conforme artigo 1.881 do Código Civil. Portanto, correta a sentença que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de eficácia do codicilo. Negaram provimento” (TJRS – AC 70069283380, 2-6-2016, Rel. Des. Rui Portanova).

“Ação declaratória e constitutiva de direito – Pretensões declaratória e constitutiva lastreadas em disposição informal de última vontade firmada por titular de aposentadoria que objetivava ver sua pensão por morte repartida por igual entre os netos então menores. Sentença de improcedência dos pedidos na origem. Recurso dos autores. Descabida a pretendida ‘eleição’ impositiva de representante (pela falecida titular da aposentadoria) em relação ao requerido outrora menor. Declaração de última vontade em questão que não se revestia de formalidades necessárias para que fosse considerado testamento e tampouco merecia o rótulo de **codicilo**. Deliberação dispende sobre benefício previdenciário que, de todo modo, deveria ser tida como nula, portanto, não vinculante para o beneficiário da pensão. Dependência econômica é conceito técnico jurídico que não pode ser alterado por disposição do titular do benefício que, antes de morrer, pretende ver regulado o direito à pensão que será devida por conta de seu óbito. Sentença que atribui ao caso concreto correta solução e não comporta reforma. Recurso dos autores não provido” (TJSP – Ap 0001995-89.2009.8.26.0145, 26-2-2015, Rel. Alexandre Bucci).

“Arrolamento. Homologação da partilha com adjudicação da herança exclusivamente à filha do falecido. Cônjuge sobrevivente casada com o falecido pelo regime da separação obrigatória de bens. Incidência da exceção do art. 1.829, I, do Código Civil, que afasta a condição de herdeira do cônjuge supérstite. Escritos particulares do falecido, sem subscrição de testemunhas, que não podem dispor sobre bem imóvel (art. 1.881 do Código Civil). **Codicilos** restritos a bens móveis e de pequeno valor. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap 0321892-77.2009.8.26.0000, 9-10-2013, Rel. Salles Rossi).

13 “**Inventário**. Necessidade da juntada do original da declaração de última vontade da *de cujus*, para ser verificada a sua validade. **O**

codicilo é definido pela doutrina, como documento que traz em seu bojo, disposição de última vontade de valores de pouca monta, sendo que, no caso em questão, os valores existentes na época do óbito são expressivos. Restou comprovada nítida afronta ao decidido no Agravo de Instrumento nº 0023030-75.2011.8.26.0000, desta câmara, por mim relatado. Agravo provido, para afastar a preclusão para a arguição de falsidade documental, determinando ao inventariante que junte aos autos o original do documento de fls. 751, para as devidas providências” (TJSP – AI 0161122-08.2012.8.26.0000, 31-10-2012, Rel. Percival Nogueira).

DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS: CONTEÚDO, INTERPRETAÇÃO E ANÁLISE

12.1 CONTEÚDO DO TESTAMENTO

12.2 INTERPRETAÇÃO DA VONTADE TESTAMENTÁRIA



12.3 DISPOSIÇÕES SIMPLES, CONDICIONAIS, COM ENCARGO, POR CERTA CAUSA E A TERMO

**12.4 IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS. DISPOSIÇÕES NULAS.
PLURALIDADE DE SUCESSORES. DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS
ANULÁVEIS**



LEGADOS. MODALIDADES

Ao abrirmos o estudo das sucessões, fizemos a distinção entre herança e legado. O legado é uma deixa testamentária determinada dentro do acervo transmitido pelo autor da herança: um anel ou as joias da herança; um terreno ou um número determinado de lotes; as ações de companhias, ou as ações de determinada companhia.

Só há legado por via do testamento, já que sem ele só existem os herdeiros da ordem de vocação estabelecida em lei, que recolhem a herança. Nada impede, por sua vez, que o testador resolva dispor de todo o seu patrimônio sob a forma de legados, inexistindo herdeiros na herança. Todavia, suas deixas deverão ser pormenorizadas e específicas. O que remanescer não distribuído como legado será considerado herança. No Direito Romano, era imprescindível que houvesse herdeiro, o que não ocorre entre nós.

Outrossim, devemos ter sempre em mente que a preponderância será sempre da sucessão legítima (sempre herança). Prevalecerá, para todo ou para parte do acervo, a sucessão legítima sempre que, por qualquer que seja a causa, a sucessão testamentária for nula, incompleta, falha ou deficiente. Esse conceito de legado, bem objetivo aliás, aplica-se a nosso direito hereditário. Outras legislações preenchem o conceito com outros caracteres, dificultando uma nítida distinção com herança (como acontece com os Códigos francês e argentino, por exemplo). Portanto, num estudo de direito comparado, o intérprete deverá examinar o caráter da lei estrangeira. Prendamo-nos, pois, exclusivamente, à compreensão desse instituto dentro de nossa lei.

A sucessão do legatário ocorre a título singular. O herdeiro, como apontado, é sempre um sucessor a título universal, pois universalidade é o que recebe, não importando se maiúsculo ou minúsculo o conteúdo dessa parcela patrimonial que lhe chega.¹ A universalidade do herdeiro é um patrimônio, portanto uma universalidade de direito. O legatário pode receber uma universalidade de fato (*Direito civil: parte geral*, seção 16), tal como uma biblioteca, um rebanho, uma coleção, sem que isto o transforme em sucessor universal. Pode também o legatário receber um bem que, *em si mesmo*, encerre uma universalidade de direito, como é o caso da sucessão em um estabelecimento comercial. Contudo, para fins sucessórios, o estabelecimento comercial é um bem determinado, embora intrinsecamente contenha uma *universitas iuris*.

Desponta como conteúdo importante do conceito o fato de o legado conter uma *liberalidade* do testador. A ideia principal que nos aflora à mente é exatamente essa, e coincide com a noção romana. Se o testador atribui a alguém, por testamento, alguma coisa, é porque desejou beneficiá-lo. Assemelha-se à

doação, nos atos *inter vivos*. Tudo o que for economicamente apreciável e que possa ser objeto de um negócio jurídico pode ser objeto de um legado. Todavia, nem sempre o legado será essencialmente uma liberalidade. Por vezes, o testador apõe um encargo à deixa testamentária, que a torna extremamente onerosa. Se alguém deixa uma quantidade de títulos, ações e outros valores mobiliários, para que o legatário administre uma associação de amparo aos necessitados, o cunho imediato do legado ao legatário não é uma liberalidade: cria para ele, ao aceitá-lo, um pesado fardo no cumprir a vontade do testador. De qualquer forma, no conceito de legado há que se incluir necessariamente a noção de liberalidade e vantagem patrimonial para o sucessor. Por vezes, ora uma ora outra noção não parecerá muito nítida. Note que, se o legatário entender que a deixa lhe é prejudicial, basta não pedi-la, não recebê-la.

Carlos Maximiliano (1952, v. 2:312) entende que, se a disposição não foi feita com a intenção de gratificar, mas de tornar o instituído um instrumento da distribuição de bens (a administração de um orfanato, por exemplo), o instituído é mero intermediário da vontade do testador.

Perante a dificuldade de um conceito compreensivo do instituto, os autores, mais por influência da doutrina estrangeira, partem para um conceito por exclusão: será legado tudo o que dentro do testamento não puder ser compreendido como herança. Esse raciocínio em muito facilitará a interpretação de cláusulas dúbias na interpretação da vontade do testador.

Por vezes, a disposição testamentária não permitirá uma conclusão segura. É preciso ver se a vontade do testador foi transmitir um bem ou um conjunto de bens a título singular. Ocorrendo a negativa na interpretação, o juiz entenderá que houve transmissão de universalidade. Só o exame do patrimônio e a forma de redação das cláusulas, numa interpretação sistemática, permitirão a conclusão no caso concreto. O rótulo que o testador dá à disposição não conclui: o que importa é o conteúdo da manifestação de vontade. Como podemos verificar, voltamos ora e vez aos intrincados meandros da vontade testamentária. A redação de um testamento requer assessoria técnica, que pode estar inclusive presente às diversas formas de feitura de testamento, como vimos, sem, em regra geral, invalidá-lo. Avulta a importância do consultor jurídico que transforma (ou deve transformar) em linguagem técnica a materialização da vontade do testador, procurando, no entanto, fazê-la também acessível ao leigo. O testador pode igualmente aquinhoar com legado aquele que já é seu herdeiro legítimo. Trata-se do *prelegado*. Por exemplo, foi dito no testamento que Antônio receberá, além do que lhe couber em sua legítima, determinado imóvel. Também o herdeiro exclusivamente testamentário pode reunir as duas condições: receber uma fração da herança, pela qual será herdeiro; mais um bem determinado, pelo qual será legatário. O fato de a mesma pessoa ter as duas condições jurídicas no processo sucessório implica que se apliquem as duas situações jurídicas próprias. O legado tem que ser pedido dentro da herança; a herança transmite-se com a morte, pela *saisine*. Assim, pode o herdeiro renunciar à herança, mas aceitar o legado; e vice-versa. Como uma das espécies de disposição testamentária, ao legado aplica-se o que se estipulou a respeito das disposições testamentárias em geral, salvo naquilo que por sua natureza for exclusivo da condição de herdeiro. Assim é que o legado pode ser puro e simples, sob condição, para certo fim ou modo ou para certa causa (art. 1.897). A questão do termo no legado voltará a ser enfocada

quando do exame do fideicomisso. Examinamos já essas disposições, assim como o termo e os demais artigos do Capítulo 7 (arts. 1.897 a 1.911).

Destarte, podem também os legados vir com a cláusula de inalienabilidade e as demais de índole restritiva. Não existe, como examinamos, direito de representação entre os legatários. Se o testador não nomeou substitutos para receber o benefício, o objeto da deixa seguirá as normas da sucessão legítima. Doravante, o Código passa a examinar as várias espécies em que se podem decompor os legados, com excesso de minúcias. As regras têm evidente e exclusivamente caráter interpretativo.

Sempre é oportuno recordar que o legatário, ao contrário do herdeiro, não tem a *saisine*, isto é, não ingressa na posse da coisa quando ocorre a morte do testador. No entanto, desde a abertura da sucessão, a coisa legada já pertence ao legatário.

Caso 5 – Legado – Testamento

O legado é uma deixa testamentária determinada dentro do acervo transmitido pelo autor da herança: um anel ou as joias da herança; um terreno ou um número determinado de lotes; as ações de companhias, ou as ações de determinada companhia. Só há legado por via do testamento, já que sem ele só existem os herdeiros da ordem de vocação estabelecida em lei, que recolhem a herança.

O princípio geral é de que ninguém pode dispor de mais direitos do que tem. Por essa razão, o art. 1.912 dispõe que “*é ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão*”. O art. 1.678 do antigo Código abria o capítulo com a disposição peremptória: “*é nulo o legado de coisa alheia*”. No entanto, valeria a disposição, conforme o antigo diploma, se a coisa integrasse o patrimônio do testador quando da morte, e a disposição valeria como se a coisa já fosse sua quando da elaboração do testamento. Toda essa descrição era ociosa, de modo que os termos peremptórios do art. 1.912 resolvem a questão. Correta a referência à ineficácia do negócio.

A regra anterior tinha sua razão de ser porque o Direito Romano distinguia se o testador sabia ou não que a coisa não era sua. Sabendo o testador que a coisa não era sua, equivalia a um encargo atribuído ao herdeiro para que adquirisse a coisa mencionada, a fim de que se cumprisse a disposição. Portanto, sem subsistência, hoje, tal como de discórdia.

Se o testador estava de posse de coisa que não lhe pertencia e dela dispôs, tal disposição é nula, porque o objeto não é idôneo. Da mesma forma, não pode produzir qualquer efeito a disposição se, quando da morte, o testador já não era titular da coisa. Há ainda mais uma exceção ao princípio geral de disposição de coisa alheia. O art. 1.915 diz que, se o testador dispõe de coisas determinadas pelo gênero, o legado será “*cumprido, ainda que tal coisa não exista entre os bens deixados pelo testador*”. O princípio a nortear é o das coisas fungíveis, em que o gênero nunca perece. É o herdeiro quem escolhe a coisa legada, nos termos do art. 244 (obrigações de dar coisa incerta, ver *Direito civil: obrigações e*

responsabilidade civil, seção 6.2.4).

O art. 1.681 do antigo Código falava de legado de coisa *móvel*. Vale também, nada o impede, se se tratar de bem imóvel e houver forças na herança. Por isso o art. 1.915 refere-se apenas a coisa determinada pelo gênero. Por exemplo: A deixa uma casa de veraneio em determinada região. Todavia, aqui há que se verificar o conjunto da vontade do testador, pois o caso concreto é que deve esclarecer. Também pode o testador determinar que o herdeiro ou legatário entregue a terceiro coisa sua, para receber a liberalidade (art. 1.913): se o sucessor testamentário não desejar entregar a coisa sua, basta que não receba a deixa. Trata-se de encargo imposto ao herdeiro ou legatário.

O art. 1.913 estatui que o testador deve *ordenar* que o sucessor entregue coisa de sua propriedade. A expressão do testador deve, pois, ser absolutamente expressa. Não pode ser mero conselho ou exortação. Evidente que tais restrições não se aplicam à legítima. Se o herdeiro legítimo se recusa a cumprir o que foi *ordenado* pelo testador, renuncia à parte disponível. Evidentemente, a renúncia, sob a forma de recusa em cumprir o encargo, não pode estender-se à legítima, em que só serão possíveis as cláusulas restritivas já estudadas. O testador pode, também, determinar que alguma coisa que não lhe pertença seja adquirida e entregue ao legatário. Pode o testador dispor que o herdeiro adquira um imóvel com as forças da herança e sob a forma desse imóvel se entrega o legado. Trata-se de encargo válido, já que o testador pode até mesmo determinar a conversão dos bens da legítima. Se a coisa a ser adquirida é de difícil aquisição, no silêncio de nossa lei, importa buscar a vontade do testador: se pode ser adquirido um similar ou equivalente em dinheiro, ou se perde eficácia a disposição. Válido também o legado de pessoa determinável quando da morte do testador, mas ainda inexistente quando da feitura do ato. Se a pessoa puder ser identificada, a disposição vale. Não pode, contudo, ser deixada a cargo de terceiro a identificação (Pereira, 1984, v. 6:185), porque estaríamos infringindo o personalismo essencial ao ato de última vontade.

Se a coisa pertencer somente em parte ao testador, ou ao herdeiro ou ao legatário onerados com entrega de coisas suas, só até a parte existente valerá a disposição (art. 1.914). O legado reduz-se ao existente e possível. No mesmo diapasão estão os arts. 1.916 e 1.917.

Se o testador legar coisa sua, singularizando-a, só valerá se ela se achava entre os bens da herança. Se houver em quantidade inferior, quando da morte, vale quanto ao remanescente. O testador deixa 100 alqueires de terra. Se só tem 50 alqueires, nisto se constituirá o legado (art. 1.916). Se legar coisa ou quantidade que se deva tirar de certo lugar, só valerá se for achada no local indicado, e até a quantidade encontrada (art. 1.917). O testador deixou, por exemplo, 100 lingotes de ouro encontráveis dentro de um cofre bancário. Se nada existe no cofre, não há objeto na disposição: é nula por falta de objeto. Se a quantidade de ouro é inferior, vale naquilo que ali for encontrado.

Problema surge se a coisa foi mudada do local indicado. Se foi o próprio testador quem a mudou, torna-se ineficaz a disposição. Se o testador não sabia da mudança, a disposição deve valer. Se o testador tirou os bens de seu cofre bancário, é porque sua intenção foi de esvaziar ou diminuir a deixa testamentária. A ideia, quando a disposição fala em local, é referente a coisas que o testador destinou

permanentemente a determinado lugar, valendo a disposição quer estejam, quer não, naquele local (Oliveira, 1987:257). Uma mudança fortuita não nulifica a disposição. As regras, maiormente desnecessárias, são de lógica, e de aplicação do princípio geral pelo qual ninguém pode dispor de mais do que tem.

Se o testador deixasse coisa ao legatário, mas já em vida a doasse ao beneficiário, ou a mesma já a este último pertencia, não haveria eficácia possível na cláusula. Sem objeto, a disposição é nula. A norma do diploma anterior dizia que a disposição seria nula se transferida *gratuitamente* pelo testador. Em sentido contrário, se a coisa fora transferida de forma onerosa, a disposição seria eficaz! Mas de que maneira? O mais racional seria a nulidade da cláusula se a coisa, a qualquer título, já pertencesse ao legatário. Na dicção legal, todavia, se o testador em vida transferiu o bem onerosamente ao legatário, após a morte, este deveria receber seu valor (Rodrigues, 1978, v. 7:154; Oliveira, 1987:252). Como menciona o primeiro autor citado, tal é a única solução que decorria do *gratuitamente* do texto, sendo porém ilógica (porque o bem já não pertence ao testador quando da morte) e irracional (porque, se o testador vendeu a coisa ao legatário, demonstrou que já não tinha interesse em legar, em fazer liberalidade). Por tudo isso, o presente Código suprimiu esse dispositivo. A questão passa a ser o exame da vontade do testador no caso concreto.

A propriedade é o direito real mais completo. Nada impede que o testador legue tão só o usufruto a um legatário, deixando a nua-propriedade com o herdeiro ou com outrem. Assim, também os direitos reais de uso e de habitação. Podem ser vários os usufrutuários nomeados sobre o mesmo legado. No usufruto, não haverá dúvidas se o testador nomeou o usufrutuário e o nu-proprietário. Se apenas nomeou o usufrutuário, entendemos que aos herdeiros legítimos caberá a nua-propriedade. Se o testador apenas deixa ao legatário a nua-propriedade, entendemos que os herdeiros são usufrutuários (Gomes, 1981:183). O normal é que os dois titulares sejam individualizados. Como existe uma bipartição da propriedade, há duas disposições testamentárias no usufruto. O Código apenas menciona o legado de usufruto no art. 1.921, presumindo-se vitalício para o legatário, se não houve outra fixação de prazo. Não se admite o usufruto sucessivo. O mesmo se diga dos outros direitos reais mais limitados: o uso e a habitação. Examinaremos a hipótese quando do exame do fideicomisso.

O usufruto, se não houver outro prazo, extingue-se com a morte do usufrutuário. Este não pode transmitir esse direito limitado da propriedade. Em se tratando de legado, o usufruto, segundo entendemos, só pode recair sobre bens determinados. Se houver disposição sobre fração do acervo, trata-se de usufruto de herança, de uma universalidade. Temos de nos reportar ao estudo do usufruto.

O legado de usufruto pode recair sobre coisa singular e sobre universalidade. A conservação do bem é de exclusiva responsabilidade do legatário.

Legado um imóvel, após o testamento, se houver acréscimo nessa propriedade, tal não se compreende no imóvel legado:

“Art. 1.922. Se aquele que legar um imóvel lhe ajuntar depois novas aquisições, estas, ainda que contíguas, não se compreendem no legado, salvo expressa declaração em contrário do testador.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo às benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias feitas no prédio legado”.

A ideia é no sentido de que o bem é entregue tal como se ache quando da morte do testador. Se o disponente constrói no imóvel, a construção insere-se no legado. Construção, tecnicamente, não é benfeitoria. Também não é nova aquisição. Trata-se de acessório do solo. Contudo, temos de tomar cuidado e verificar a intenção do disponente, pois vulgarmente se equipara construção à benfeitoria, o que vem a se denominar acessão. O melhor espírito do art. 1.922, porém, é que, se o testador deixa a alguém um terreno e depois constrói sobre ele, desejou que esse acessório se inserisse no legado. O acessório segue o principal. E o Código é expresso em acrescentar ao legatário as benfeitorias de qualquer categoria. Os acréscimos *de área* no imóvel (no terreno, e não na construção) não se presumem incluídos no legado. Sempre há que se examinar a intenção do legislador, pois, como se percebe, o dispositivo ressalva *“salvo expressa declaração em contrário do testador”*.

Se o testador não se referir na disposição a imóvel, mas a *casa*, presume-se que no legado inclui-se tudo o que nela estiver, mobília, baixelas etc. (Wald, 1988:130). É um legado *ad corpus*, como o que atribui um imóvel rural com “porteira fechada”.

Embora os alimentos se constituam em questão mais vinculada ao direito de família, é neste capítulo do direito das sucessões que encontramos *a única definição legal* desse importante instituto (art. 1.920): *“O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”*² Trata-se de legado de prestações periódicas.

Tecnicamente, “alimentos” consistem em todo meio de subsistência e vivência do alimentando. Podem os alimentos decorrer dos princípios do direito de família, em razão do parentesco ou do vínculo conjugal; podem ser consequência de uma condenação por responsabilidade extracontratual; podem decorrer de contrato entre vivos (campo do direito das obrigações) e podem ser inseridos como disposição testamentária. Inobstante sua múltipla colocação no campo jurídico, só na parte do direito das sucessões é que o legislador resolveu defini-los. Já nos reportamos que toda definição é perigosa. Entretanto, aqui se trata de interpretar a vontade do testador. Os alimentos podem ser, na verdade, mais amplos ou mais restritos do que o expresso artigo de lei mencionado. Contudo, se o testador não distinguir, será esse o alcance de um legado de alimentos. No testamento, os alimentos são vistos de acordo com a vontade do testador e as forças da herança. Não se têm em mira, primordialmente, como no

direito de família, as necessidades do alimentando. Leva-se em conta, porém, o nível social do legatário (Miranda, 1973, v. 57:195). Veja o que falamos a respeito de alimentos em nosso volume dedicado ao Direito de Família, pois o Código de 2002 introduziu modificações a respeito.

Na falta de disposição expressa, cabe ao juiz fixar seu valor equitativamente, aplicando, sem dúvida, por analogia, os mesmos princípios do direito de família. A periodicidade, o termo e a condição dependerão da vontade do autor da herança. Constituirão ônus real se forem expressamente vinculados a um imóvel (Pereira, 1984, v. 6:188; Oliveira, 1987:259). Se o testador não o fizer, pode ser apontado imóvel para produzir os alimentos.

A exemplo do que ocorre no campo da família, os alimentos podem ser *in natura*. O testador pode determinar a um herdeiro que forneça hospedagem e sustento ao agraciado. Essa forma é altamente inconveniente e banida, na prática, nos processos específicos. Nada impede, mesmo que o testador tenha determinado a hospedagem, que o herdeiro forneça os meios econômicos para ela. Pode ocorrer que o testador tenha determinado a educação do legatário em determinado colégio. Ou seu internamento em uma unidade de saúde. Estudar-se-á em cada caso a possibilidade de atendimento de sua vontade, ou a oportunidade e a conveniência da substituição por instituição similar. Assim como os alimentos de família, os de testamento também podem ser alterados, dependendo das condições financeiras da herança (o alimentante) e das necessidades do alimentando. Evidente que os alimentos só podem sair da parte disponível do testador.

Tendo caráter de subsistência, inserem-se entre os bens impenhoráveis (Gomes, 1981:193). Se o testador fixa um rendimento ou um pagamento periódico ao legatário, rotulando-o de alimentos, mas o beneficiário tem plenas condições de subsistência, o legado deve ser tratado como uma concessão genérica de renda, e não como alimentos. Nesse caso, não haverá impenhorabilidade. O termo é restrito às necessidades de manutenção, de acordo com o padrão de vida do alimentando. Não podemos conceber o pagamento de alimentos sem necessidade destes. Se a intenção do testador foi única e exclusivamente a de garantir os meios de subsistência do legatário, os interessados podem pedir a diminuição ou cancelamento do benefício quando o beneficiário dele não mais necessitar (Borda, 1987, v. 2:432). Em que pese a autoridade do autor que defende o contrário (Monteiro, 1977, v. 6:174), também no tocante ao legado de alimentos pesam as incapacidades para adquirir por testamento (art. 1.801). As pessoas aí referidas não têm legitimidade para usufruir de qualquer disposição testamentária. Conforme a natureza dos alimentos em geral, são eles irrenunciáveis e intransferíveis.

O patrimônio hereditário inclui ativo e passivo. Dentro do ativo do patrimônio, podemos incluir um crédito. O *de cuius*, ao falecer, era sujeito ativo de uma obrigação. Vimos em *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, seção 7.1.1, que as obrigações, em geral, são transmissíveis. Não se manifestando expressamente o testador, os créditos transmitem-se aos herdeiros legítimos. Pode o testador, contudo, atribuir sua posição de credor por meio de um legado (art. 1.918). Por *causa mortis*

são conseguidos os efeitos da cessão de crédito. Aplicam-se seus princípios. O testador não assegura o bom ou mau adimplemento da obrigação. O herdeiro não será responsável pelo pagamento, salvo disposição expressa no testamento. Como consequência dos princípios da cessão, o herdeiro cumpre esse legado, entregando ao legatário o título representativo do crédito (§ 1º do art. 1.918), quando for o caso. Só não se transmitem as obrigações que, por sua natureza ou por vontade das partes, são consideradas intransmissíveis. Para a transmissão da qualidade de credor, como estudamos no direito obrigacional, não há, como regra geral, necessidade de concordância do devedor. O devedor deve. Pouco importa para ele adimplir a obrigação a este ou àquele que se apresenta validamente na condição de *accipiens*, pois estará pagando bem.

Outra modalidade de legado de crédito é a *quitação de dívida*. O testador, se for credor do legatário, no testamento dá-lhe a quitação. Opera-se como se o testador recebesse o pagamento. É uma das formas históricas da remissão de dívida. Se o legatário, quando da morte, já pagara parte do débito, a quitação é só do saldo remanescente. Se o herdeiro se recusar a quitar a dívida, o legatário pode conseguir, pelo processo idôneo, uma declaração judicial de nada dever por força da disposição testamentária. Daí então, afirma o 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.*” Portanto, a dívida consolida-se na data da morte. O legado compreende o que era devido até a morte. Esse legado não abrange as dívidas: o que se vencer, após a data do testamento (§ 2º), só se refere às dívidas que o testador já conhecia. As dívidas posteriores ao testamento não se incluem, já que cabia ao testador, presume-se, fazer nova disposição testamentária sobre elas. O testador, contudo, poderá, se desejar, fazer menção expressa a futuras dívidas. O legatário, porém, receberá o capital atualizado desde a abertura da sucessão, com juros legais. Esses legados caducam, se o legatário nada dever ao testador, ou se o terceiro nada dever ao testador. Ocorre o mesmo se, quando da morte, o testador já houver recebido seu crédito, salvo vontade expressa em contrário. O crédito, quando da abertura da sucessão, já não existe.

Não haverá compensação automática de dívidas quando há legado de crédito (art. 1.919). O testador tem que ser expresso a esse respeito. Não o sendo, continuará o legatário obrigado para com o espólio e este para com o legatário. Nada impede, porém, que as partes transijam para que a compensação se opere, já na contagem da partilha. Também, por esse mesmo dispositivo, subsistirá o legado de crédito se o testador contraiu dívida posterior ao testamento e a solveu antes de morrer.

O testador pode confessar uma dívida inexistente, fazendo o legado de seu valor. Pode ter razões morais para isso: pode ser seu desejo que os herdeiros não especulem o motivo desse legado. Trata-se do chamado legado de *dívida fictícia*, não tratado expressamente pela lei. Deve ser cumprido o pagamento pelo herdeiro, uma vez que equivale a um legado puro e simples, que sairá da quota disponível, caso haja herdeiros necessários, e do acervo em geral em caso contrário (Oliveira, 1987:260). Provando-se, no entanto, que não existe a dívida, e não havendo forças na herança para o pagamento, não só caduca o legado como também não tem o pseudocredor ação de cobrança contra o espólio.

O testador pode deixar como legado um bem que não esteja totalmente pago, um imóvel, por

exemplo, cujo preço vem sendo amortizado em prestações. Presume-se, no silêncio da vontade, que incumbiu ao legatário prosseguir nos pagamentos. Cabe ao legatário optar se o aceita ou não. É modalidade de legado com encargo. O legatário será responsável pelos pagamentos a partir da morte do testador. O mesmo se diga se o bem estiver onerado com hipoteca ou penhor. O legado de dívida (que equivale a assunção de débito) não tem o caráter de liberalidade, de modo que a obrigação de pagar dívida do testador só valerá como encargo ou condição de outra disposição. Se incluída a disposição autônoma, não se constitui legado. Pode valer como uma confissão de dívida. É ineficaz como disposição testamentária. A pessoa indicada para pagar pode fazê-lo, mas a questão resolve-se no âmbito das obrigações. Já o legado de posição contratual por testamento pode ocorrer quando a substituição da parte no contrato independe da aquiescência do outro contratante. O cessionário, já previamente, faculta a substituição da outra parte no contrato-base. Quando há necessidade da concordância do terceiro (que é a regra geral), este é estranho ao ato testamentário. O direito obrigacional dirimirá as dúvidas (*Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, seção 7). O legado então não vale. A hipótese da transmissão dos direitos de compromissário--comprador de imóvel, por disposição testamentária, nos termos do Decreto-lei nº 58/37, com ou sem quitação, é possível, assim como ato entre vivos, porque a lei permite o trespasse do compromisso, independentemente do consentimento do cedido (o promitente vendedor) e até mesmo contra sua vontade (*Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, seção 7). Há, aí, na verdade, sub-rogação legal na relação contratual.

Como deflui do exposto, no legado de crédito há uma verdadeira transferência ao legatário do produto de um crédito, do qual é devedor um terceiro ou o próprio onerado. Podem ser objeto dessa deixa um só ou vários créditos. Com isto, o legatário passa a ser o titular do crédito, podendo exercer todas as ações cabíveis para cobrá-lo. Se quando da morte não existir mais o crédito, o legado insubsiste por falta de objeto.

¹ “Agravo regimental – Agravo de instrumento – Sucessão – Testamento – Morte da legatária antes da testadora – Caducidade do legado – Transmissão aos herdeiros – Validade da cláusula testamentária – Súmulas 7/STJ, 282 e 283 do STF – 1 – A conclusão do acórdão de que afastar qualquer dúvida em relação à interpretação da vontade da testadora em decorrência da morte anterior da legatária não pode ser revista no âmbito do recurso especial, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório dos autos e das cláusulas do testamento. 2 – A ausência de impugnação ao fundamento central do acórdão recorrido – Relativo à caducidade do legado em razão da premorte da legatária – Enseja a aplicação das Súmulas 282 e 283 do STF. 3 – Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg-AI 1.268.298 – (2010/0009623-7), 5-2-2016, Relª Minª Maria Isabel Gallotti).

“Agravo de instrumento – Inventário – **Legado** – Pretensão ao imediato levantamento de seus frutos – Conquanto o legado de coisa certa transfira também ao legatário os frutos produzidos desde a morte do testador, não há imediata transferência de sua posse ao legatário. Incidência do art. 1.923, § 1º, do Código Civil (‘Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria’). Entrega da coisa ao legatário que deve observar as regras processuais pertinentes ao inventário. A entrega da coisa aos sucessores deve ser precedida do trânsito em julgado da partilha e da comprovação do pagamento de todos os tributos, na forma do art. 1.031, do CPC. Particularidade dos autos, na qual é pleiteado numerário expressivo, sem que tenha sido demonstrada a necessidade de acesso imediato a tais quantias, tampouco o pertinente recolhimento tributário. Entrega que deve observar o figurino legal. Recurso desprovido” (TJSP – AI 2198464-48.2014.8.26.0000, 30-6-2015, Rel. Rômulo Russo).

“Civil – Processual civil – Civil – Recurso especial – Testamento – Legado – Nulidade – Ocorrência – 1 – Pedido de nulidade de

disposições testamentárias que favorecem legatária, ao argumento de ser a mesma, concubina do testador, ajuizada em desfavor da recorrida, em fevereiro de 1995. Agravo em recurso especial distribuído em maio de 2012. Decisão reautuando o agravo como recurso especial publicada em agosto de 2012. 2 – Controvérsia restrita à validade de testamento, onde a recorrida é aquinhoadada com legado, possibilidade que seria vedada por ser concubina do testador. 3 – Inviável o recurso especial quando a solução da controvérsia demandar o reexame de matéria fática. 4 – A separação, de fato, do testador descaracteriza a existência de concubinato e, por corolário, afasta a pretensão da recorrente de ver nulo o testamento, por força da vedação legal de nomeação de concubina como legatária. 5 – Recurso especial não provido” (STJ – REsp 1.338.220 – (2012/0092404-4), 22-5-2014, Relª Minª Nancy Andrighi).

“Arrendamento rural. Retomada mediante despejo. Preliminar de ilegitimidade ativa. Rejeição. Preliminares de notificação premonitória extemporânea e retenção por benfeitorias apreciadas como matéria de mérito. Descumprimento do contrato. Sentença mantida. Apelo improvido. I – Comprovada a titularidade do bem imóvel rural mediante escritura de doação e **legado testamentário** não se pode falar em ilegitimidade ativa *ad causam*, respeitando-se a cláusula contratual que obriga herdeiros e sucessores. Preliminar rejeitada. II – Desvirtuada a finalidade do contrato arrendamento rural a retomada do imóvel não está condicionada à notificação premonitória. III – Em decorrência, não se reconhece como causa do despejo o art. 32, I, do Decreto 59.566/66. IV – Não há direito a retenção por benfeitorias realizadas para explorar atividades diversas do plantio de cana de açúcar previsto no contrato de arrendamento. V – Sentença mantida. Apelo improvido” (TJPE – AI 0018932-08.2011.8.17.0000, 24-7-2013, Rel. Des. Roberto da Silva Maia).

“**Anulação de legado testamentário** – 1 – Caso em que a esposa do de cujus pretende anular o legado testamentário deixado a favor da concubina. Sentença que julgou procedente o pedido. Recurso da ré, legatária, alegando existência de união estável e separação de fato do casal. 2 – Caso em que restou incontroverso que o *de cujus* manteve seu casamento com a autora até a morte. É certo que a ré comprovou a existência de relacionamento afetivo com o *de cujus* por longa data. Entretanto, ao contrário do sustentado no recurso, não há comprovação da alegada separação de fato do *de cujus* e sua esposa, ônus que cabia à ré, nos termos do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil. 2 – Sem a prova da separação de fato do *de cujus* e da autora, casados sob o regime de comunhão universal de bens, não há como atribuir a qualidade de união estável ao relacionamento existente entre o *de cujus* e a ré, o que é vedado em caso de impedimento e uniões paralelas. Portanto, correta a sentença ao aplicar o art. 550 do Código Civil, declarar que a ré não tem direito à parte disponível da herança do falecido e desconstituir a escritura pública de testamento. Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP – Ap. 0015071-90.2005.8.26.0576, 12-11-2012, Rel. Carlos Alberto Garbi).

“**Direito processual civil** – Direito de sucessões – Ação declaratória de nulidade de testamento, de legados, de doação e de caducidade de legados – Agravo retido – Negativa de provimento – Demonstrada a capacidade de discernimento do testador para firmar declaração de última vontade – Atestados médicos dos profissionais que acompanharam o testador nos últimos dias de sua vida – Ausência de provas de modo a supedanear a alegada insanidade do testador – Afronta ao art. 333, inc. I do CPC – Apelo com provimento negado, por maioria de votos – Agravo Retido – Inexistência de cerceamento de defesa em prejuízo ao devido processo legal diante do indeferimento das provas testemunhais requeridas, as quais não teriam o condão de elidir os atestados médicos dos profissionais que acompanharam o testador nos últimos dias de sua vida. Provimento negado unanimemente. – A sanidade mental do testador não foi questionada antes de serem conhecidos os documentos cuja nulidade é agora contestada, tanto é que nenhuma ação de interdição foi intentada pelos apelantes. – Inexistência de documentos capazes de provar a alegada insanidade do testador, deixando os apelantes de provar o fato constitutivo do seu direito, em afronta ao art. 333, inc. I do CPC. – Respeito à vontade do extinto. Presença de testamento escrito pelo próprio testador às fls. 17/20 dos autos, restando demonstrada textualmente, a lucidez e sanidade através das ideias por ele organizadas e expressas no referido documento. – Apelo com provimento negado por maioria de votos” (TJPE – Ap. 0225359-8, 19-7-2011 – Rel. Des. Antônio Fernando de Araújo Martins).

2 “Apelação cível – Civil – Sucessão testamentária – Disposição de última vontade em que se atribui, por substituição vulgar, todo o acervo patrimonial às sobrinhas, instituindo-se legado em benefício de pessoa absolutamente incapaz sustentada pela autora da herança. Sentença homologatória da partilha de bens entre as herdeiras universais, sem individualizar o legado, relegando à sobrepilha o debate quanto à titularidade do saldo de R\$ 40.431,03 em conta poupança cotitularizada entre a testadora, Beatriz do Amparo e o marido da inventariante. Inconformismo deduzido por uma das herdeiras no tocante à sonegação de bens – Crédito em poupança e outros bens móveis –, bem como em relação à omissão no que diz respeito à legatária. 1 – Provado que a testadora ajudava regularmente no sustento da legatária, de rigor reconhecer que a disposição testamentária tem natureza de **legado de alimentos** (art. 1.899 c/c 1.920 do CC). 2 – Sentença homologatória que, sob este enfoque, deve ser anulada, tendo em mira a preterição à legatária. 3 – Apenas questões de alta indagação devem ser relegadas à sobrepilha (art. 984 do CPC), sob pena de prejuízo à economia processual. Aliás, o novo CPC enuncia que apenas serão remetidas às vias ordinárias questões relevantes que dependerem de provas diversas da documental (art. 612), a demonstrar que a principiologia regente do atual sistema processual é informada pela efetividade e economia processual. 4 – Hipótese em que o destino dos recursos é conhecido, pois, consoante a inventariante, os mesmos passaram a integrar o patrimônio do marido dela,

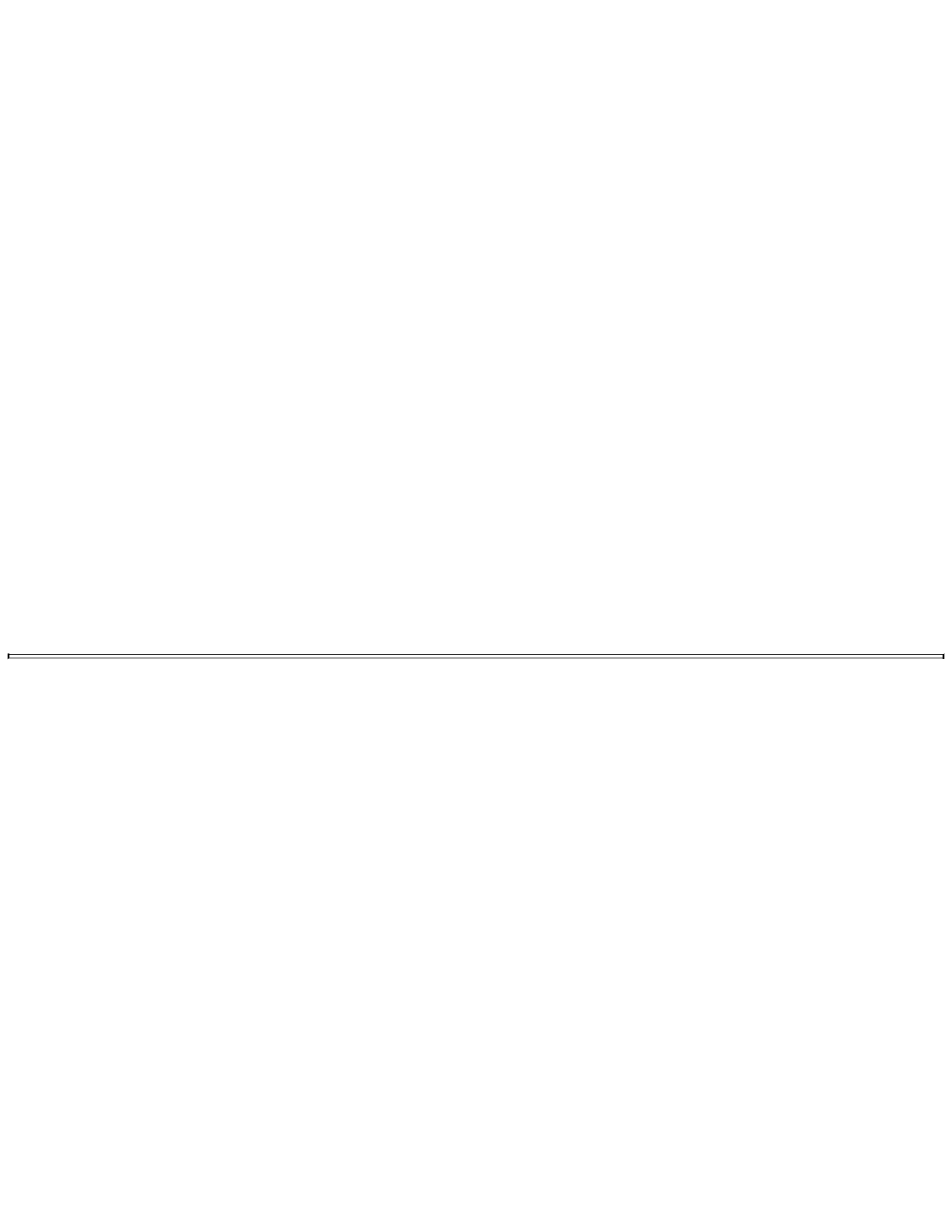
a quem o crédito poupado teria sido deixado em vida – Doação verbal. 5 – Todavia, ante crise de certeza a respeito do suporte jurídico para o saque e a possibilidade de prova por meio diverso do exclusivamente documental, impõe-se relegar às partes, quanto aos bens móveis – Saldo em poupança e outros –, às vias ordinárias. Recurso a que se dá parcial provimento” (TJRJ – Ap 0147841-21.2005.8.19.0001, 14-10-2015, Relª Myriam Medeiros da Fonseca Costa).

“Legado de alimentos – Disposição testamentária que beneficia herdeira – Valores provenientes de renda de imóvel locado, pertencente ao espólio. Decisão agravada que, em inventário, determina o levantamento das quantias depositadas em juízo em favor da legatária, bem como ordena à inquilina que faça o pagamento da quantia correspondente ao legado de alimentos diretamente à beneficiária da quantia. Correção. Disposição testamentária plena e eficaz. Legado de alimentos devidos desde a morte da testadora (artigo 1.926 CC/2002). Decisão mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida” (TJSP – AI 994.09.272937-0, 20-4-2012, Rel. De Santi Ribeiro).

EFEITOS DOS LEGADOS E SEU PAGAMENTO

14.1 FORMA DE AQUISIÇÃO DOS LEGADOS

14.3 EFEITOS



CADUCIDADE DOS LEGADOS

Caducar significa *decair*, perder a força, a eficácia, *enfraquecer*. *Caducidade*, em outro sentido técnico, é sinônimo de decadência, instituto ligado à perda de um direito pelo decurso, conforme estudado em *Direito civil: parte geral*. Distingue-se, portanto, da revogação porque esta é ato de vontade, assim como da nulidade, que apresenta princípios específicos.

O Código apresenta hipóteses sob o título de “caducidade dos legados” precisamente para demonstrar as situações nas quais o legado perde sua força, seu vigor, deixando de ter eficácia, não podendo ser tido como tal, desaparecendo, enfim, como deixa testamentária. Desaparece a razão de ser da deixa testamentária, isso em razão de algum fato posterior, ou mesmo anterior, à elaboração testamentária. A caducidade dos legados pode estar ligada à própria coisa legada ou ao legatário. Há, pois, razões de caducidade de ordem objetiva e de ordem subjetiva. Em todas as situações (algumas delas até mesmo não presentes na relação legal), ocorre uma situação que torna o legado sem sentido. Nada de muito novo, no entretanto, introduz o legislador, pois as hipóteses, em última análise, dizem respeito à interpretação da vontade testamentária, ou a regras já anteriormente expostas.

Como é evidente, com a caducidade do legado, o bem apontado permanece na massa hereditária.

Caducidade não se confunde com nulidade. Na caducidade existe apenas a perda do vigor da disposição, que, por uma questão estritamente de lógica, não pode ter eficácia. Na nulidade, há um defeito legal que torna, de plano, a cláusula inválida e conseqüentemente ineficaz. Sempre que não existir mais objeto ou sujeito de direito, desaparece a razão de ser da relação jurídica. Já vimos que um legado sob condição suspensiva, uma vez frustrado o implemento da condição, está caduco, não mais poderá ser atribuído. Da mesma forma, num legado a termo, o legatário não é titular da coisa enquanto não ocorrer o advento do termo. Se o beneficiário falece antes do termo, também há caducidade do legado.

Destarte, existem situações de caducidade que se situam fora da enumeração do art. 1.939. Na falta de manifestação expressa do testador sobre o destino do objeto, uma vez caduco o legado, o bem volta à massa hereditária, para a atribuição regular aos herdeiros. O art. 1.939 trata da ineficácia dos legados por causa estranha à vontade do testador. O testador pode prever a caducidade e estabelecer outro destino para a coisa. O fato de se ter um legado por ineficaz não macula o testamento. A caducidade só atinge determinada cláusula testamentária. Também não se confunde a caducidade do legado com a revogação da cláusula pelo testador. Vimos que é da essência do testamento sua revogabilidade. O testador pode revogar tácita ou expressamente um legado em outro testamento. A dúvida fica por conta da interpretação da vontade testamentária. Se a nova disposição testamentária for incompatível com a

anterior, há revogação tácita.

Do mesmo modo, não haverá mais legado se o testador se desfez da coisa em vida, ou esta deixou de lhe pertencer. São questões de lógica, que a lei achou melhor traduzir, além de estampar norma a respeito do legado alternativo no art. 1.940. Se um legado caduca com encargo e há legatário substituto, a este cabe recebê-lo com o ônus, se não for personalíssimo. Se o legado caduco é devolvido ao monte, aos herdeiros há que se entender, salvo disposição contrária do disponente, desaparecer o encargo. Se o legado é destinado a pessoa que não existe ao tempo da morte do testador, fora os casos permitidos em lei, não haverá propriamente caducidade; o que existe é falta de sujeito para usufruir da relação jurídica. Não há agente capaz, em síntese, *incapacidade*. A ocorrência de causa descrita na lei, portanto, não se refere à incapacidade posterior do testador, nem à do legatário. Se houver incapacidade do testador quando da elaboração do testamento, o negócio é nulo. Se ocorrer incapacidade posterior do legatário, quando da abertura da sucessão, *o legado é nulo*.

O inciso I do art. 1.939 diz que o legado caducará “*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*”. A intenção do testador parece ser importante na dicção legal. Se o disponente deixa um anel de formatura e depois o transforma em uma aliança, fica evidente que o legado perdeu a essência. O que se presume é que se o testador transformou tão profundamente a coisa é porque não deu mais importância ao legado. Tudo vai ocorrer, porém, no exame da vontade do testador. Itabaiana de Oliveira (1957, nº 624) cita o exemplo do legado de um terreno, sobre o qual, após, se constrói um edifício. O tradicional autor entende que a transformação do legado é tal que perde a eficácia. No entanto, a afirmação peremptória nos afigura inadmissível nesse exemplo, uma vez que a construção é acessório do terreno. Pela interpretação contrária manifesta-se Barros Monteiro (1977, v. 6:187): “*assim também com relação a imóveis, melhoramentos ou benfeitorias neles introduzidos não importam transformação substancial, apta a destruir a eficácia do legado*”.

Já passamos pelo art. 1.922 e ali vimos que o aumento de *área* do imóvel não se presume incluída no legado. A lei nada diz sobre a construção. O exame das circunstâncias da vontade é importante. Se o testador, ao fazer a construção, teve oportunidade de alterar a deixa testamentária por outra e não o fez, tudo levará a crer que desejou que a construção integrasse o legado. A transformação de que fala a lei é aquela substancial, que altera até mesmo a denominação da coisa. De qualquer forma, se a transformação ocorrer por caso fortuito, ou por terceiro à revelia do testador, e ainda puder ser identificada a coisa, o legado será eficaz. O dispositivo é mais uma minúcia legal a que desce o testador na interpretação da vontade testamentária. A situação pode dar margem a infundáveis discussões. Imagine que o testador tenha deixado ações da companhia A, da qual era grande acionista. Ao falecer, só tem ações da companhia B. O juiz deve dar um paradeiro, sempre decidindo de acordo com a lógica.

O legado pode chegar também de forma parcial ao legatário, como já vimos, por não ser mais o

autor da herança titular de toda a coisa legada quando da morte. Tratando-se de legado de coisas designadas pelo gênero ou espécie, a transformação faz caducar a deixa se os bens transformados se encontravam com o testador. Se o testador não os tinha, trata-se de encargo que obriga os herdeiros a adquirir as coisas dessa natureza. Assim, se o testador diz: “*deixo a Antônio meus cem lingotes de ouro*” e, ao morrer, já os transformou em objetos de arte, caduca o legado. Se apenas diz: “*deixo cem lingotes de ouro*”, tratando-se de obrigação genérica, não há caducidade (Maximiliano, 1952, v. 3:473).

O inciso II do art. 1.939 diz que caducará o legado “*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.*”¹

Coisa está colocada na lei de forma genérica: qualquer bem sujeito de transmissão, material ou imaterial. Presumimos que, se o testador alienou a coisa, não desejou que o legado operasse. Trata-se de legado de coisa alheia, e vimos, ao estudar o art. 1.912, que, em regra geral, é ineficaz o legado de coisa alheia. E, em complementação, o art. 1.914 informa que, se a coisa só em parte pertencer ao testador, o legado só vale no tocante a essa parte. Por outro lado, salvo vontade expressa, o testador pode sofrer uma alienação forçada, por força de execução, ou desapropriação. Trata-se, do mesmo modo, de coisa alheia, desaparecendo o legado por falta de objeto, em que pese às opiniões em contrário. Se o testador aliena a coisa e volta a adquiri-la, surge o problema do exame da caducidade. Deve ser examinada a intenção do legislador. À primeira vista, grassando dúvida na doutrina, parece-nos que houve intenção de revogar a liberalidade. O mesmo ocorre com a promessa de venda. O testador manifesta sua vontade em alienar, ainda que não constem do ato as cláusulas de irretratabilidade. A promessa de venda, mormente por nosso sistema vigente, equivale a verdadeira alienação, e isso é sufragado pela jurisprudência (Wald, 1988:136).

Se sua alienação for dada como nula, entendemos que persiste o legado se a causa da anulação afeta diretamente a vontade do testador, como, por exemplo, sua alienação mental (Rodrigues, 1978, v. 7:173). Se houve vontade do testador em alienar e a anulação se deu por outra causa, estará esvaziado o legado. Examinou-se a hipótese de a coisa já pertencer ao legatário quando da morte, quando se esvazia a disposição. Se o testador aliena a coisa, mas guarda ou reserva o produto da venda para após sua morte, é eficaz a disposição. Não podemos presumir, por sua vez, que a permuta ou aquisição de outro bem sub-rogue o legado. O legado caduca, salvo menção expressa do testador.

No inciso III do art. 1.939, dispõe a lei que caducará o legado: “*se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento*”.²

Trata-se da aplicação do princípio geral segundo o qual perece o direito perecendo seu objeto. O art. 78 do antigo Código estabelecia situações em que se presumia ter perecido o objeto:

“I – quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico;

II – quando se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir;

*III – quando fica em lugar de onde não pode ser retirado” (ver Venosa, *Direito civil: parte geral*, seção 18.4).*

Deixa de existir legado por falta de objeto. Como é o herdeiro quem normalmente deve entregar o legado, este caducará se o perecimento ocorrer sem sua culpa. Pode não ser o herdeiro o encarregado de entregar a coisa, mas sim outro legatário. A situação de culpa se aplica ao legatário. Se o legado pereceu por culpa de terceiro não há caducidade. Legado houve. O legatário poderá promover ação de indenização contra o terceiro (Miranda, 1973, v. 57:336). Embora a lei fale em perecimento da coisa, quando o bem se torna inalienável, a situação é análoga. Desaparece o objeto do legado. Também há caducidade. Quando se trata de legado de *gênero*, pelo que já fartamente estudamos, como o gênero nunca perece, permanece o legado de coisas fungíveis, enquanto houver forças na herança.

O perecimento da coisa deve ser visto pelo prisma dos direitos reais. Ali se vê, no art. 1.275, que o perecimento do imóvel é uma das formas de extinção da propriedade. O art. 590 do antigo Código dizia que também se perde a propriedade mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Destarte, ainda que se entenda que a desapropriação não se insere no inciso II do artigo em estudo, a desapropriação equivale à perda da propriedade imóvel. Só subsistirá o legado, nesse caso, se houver expressa menção de substituição ou sub-rogação por parte do testador. O perecimento do objeto do legado pode ocorrer antes ou depois da morte do testador. Em ambos os casos, pode ser aferida a culpa do herdeiro. Provada sua culpa, responderá ele por perdas e danos. Se a coisa perece após a morte do testador, sem culpa do herdeiro, o legado desaparece quando já na titularidade do legatário. Por consequência, segue-se o princípio da *res perit domino* (a coisa perece com o dono). Se o herdeiro já foi constituído em mora e não entregou a coisa, o princípio é de direito obrigacional. Se a coisa perecer por culpa do herdeiro, responderá pelo valor da coisa, com perdas e danos. Lembre-se das regras estudadas quanto à execução das obrigações de dar (Venosa, *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, Capítulo 6) e do art. 399. O herdeiro em mora responde pelos efeitos do retardamento, ainda que por caso fortuito ou força maior, a não ser que prove que a perda da coisa ocorreria ainda que entregue a tempo. Se o perecimento foi só em parte, persiste o legado no remanescente, sem prejuízo das perdas e danos.

O art. 1.940 traça norma específica a respeito, sempre suplementar da vontade do testador, tratando igualmente do *legado alternativo*: se o legado for de duas ou mais coisas alternativamente, e algumas delas desaparecerem, subsistirá quanto às restantes. Perecendo parte de uma, valerá, quanto ao seu remanescente, o legado. A regra é da obrigação alternativa. O dispositivo explicita, porém, o que diz o art. 1.932, que poderia dar margem a dúvida quanto à extinção do legado. Não fosse a letra expressa do art. 1.940, o herdeiro poderia defender a tese da extinção do legado alternativo nesse caso. Já no tocante à *evicção*, caduca o legado porque o testador não tinha direito à coisa legada. O objeto não era idôneo. A coisa evicta se equipara a coisa alheia. A evicção (arts. 447 ss) é a perda da coisa por decisão judicial,

que a declara pertencer a terceiro. Pouco importa que a evicção ocorra antes ou depois da morte do testador. A perda da coisa por decisão administrativa (apreensão policial de coisa furtada, por exemplo) equipara-se à evicção. Desnecessário um processo judicial, se a coisa evidentemente não pertence a quem a detinha ilegítimamente (no caso, o testador). A evicção é vício jurídico que afeta a coisa legada. Não pode o legatário, como regra geral, alegar vício redibitório, que é defeito material na coisa. Se o vício foi causado pelo herdeiro ou por terceiro, a situação refoge à caducidade do legado.

O herdeiro também pode ser responsabilizado por perdas e danos, no caso de evicção, se não defendeu devidamente os direitos do testador (no caso, o espólio, cabendo também a defesa ao inventariante e ao testamentário) sobre a coisa na ação movida por terceiro, ou não tomou medida legal alguma na apreensão administrativa. Sua culpa será apurada no caso concreto.

O inciso IV do art. 1.939 refere-se à exclusão por indignidade (art. 1.815). O excluído da sucessão por indignidade não pode ser herdeiro ou legatário. Qualquer herdeiro ou legatário que tenha interesse na herança pode mover a ação de exclusão por indignidade. Pode fazê-lo o testamentário, que deve zelar pela correta aplicação das disposições testamentárias. Há que se presumir que, se o testador não perdoou o legatário indigno, não desejou que o mesmo o sucedesse. A matéria foi exposta no Capítulo 4.

É o último inciso do art. 1.939. Não há legado se o legatário morrer antes do autor da herança, simplesmente porque não há transmissão *causa mortis*. Não há legado por falta de sujeito. O objeto do legado se devolve ao monte, se não houver substitutos ou direito de acrescer com outros colegatários. Já vimos que não há direito de representação para os legatários.³

¹ “Apelação cível – Ação de imissão na posse – Interesse de agir – Presença – Legado de imóvel – Doação posterior – **Caducidade** – O interesse de agir encontra-se presente diante da necessidade e utilidade do processo para satisfação do direito das partes. Sobrevém a caducidade do legado de imóvel, inclusive da cláusula que instituiu usufruto, a doação posterior ao testamento, conforme disposto no art. 1.939, II do CC” (TJMG – AC 1.0024.09.569956-7/001, 15-7-2016, Relª Aparecida Grossi).

“**Civil e processual civil** – Herança – Legado – Partilha – Imóvel – Direitos aquisitivos – Condomínio – Formação – Extinção – Alienação judicial da coisa comum (CPC, arts. 1.177 e 1.178) – Preço – Quitação – Alienação dos direitos – Viabilidade jurídica e material – Imóvel ainda registrado em nome da promitente vendedora. Óbice à alienação dos direitos. Inexistência. 1 – Ensejando a partilha do patrimônio legado pelo extinto a formação de condomínio sobre os direitos inerentes a imóvel indivisível, o desaparecimento de um dos coproprietários, impedindo a dissolução suasória da copropriedade, legitima sua extinção no molde legalmente estabelecido, que é a alienação judicial da coisa comum na forma estabelecida pelos artigos 1.117 e 1.118 do CPC, assegurado o direito de preferência resguardado aos condôminos, conforme preceitua o legislador de direito material (CC, art. 1.320). 2 – Conquanto ainda não promovida a transcrição do imóvel para o nome dos condôminos, a apreensão de que o preço da promessa de compra e venda que o alcançara fora solvido e que ostentam a condição de detentores dos direitos aquisitivos inerentes à coisa, conforme, inclusive, retratado em registro consumado na matrícula imobiliária do bem, legitima a dissolução do condomínio pela via da alienação judicial, que, na exatidão do detido, alcançará exclusivamente os direitos detidos pelos coproprietários, e não o domínio da coisa. 3 – Inexiste óbice jurídico ou impedimento

material passíveis de obstarem a alienação judicial de direitos aquisitivos ostentados em condomínio, à medida que, comprovada a titularidade, os direitos, ostentando expressão pecuniária, são passíveis de transmissão de conformidade com a natureza e extensão que alcançam, ou seja, mediante a alienação dos direitos detidos, e não do domínio do imóvel. 4 – Apelação conhecida e parcialmente provida. Unânime” (TJDFT – Proc. 20100310299167 – (582236), 7-5-2012, Rel. Des. Teófilo Caetano).

“**Apelação cível** – Inventário e partilha – Legado – Alienação feita pela testadora posterior ao testamento – Caducidade do legado – Exegese do artigo 1.939, II, do Código Civil – Sentença mantida – Recurso conhecido e não provido – A conduta da Testadora ao alienar bens que compunham o legado resulta na caducidade deste, conforme artigo 1.939 do Código Civil (art. 1.708, II, CC de 1916)” (TJSC – AC 2006.009404-3, 19-8-2010 – Rel. Des. Victor Ferreira).

2 “Direito civil – Sucessões – Testamento – Imóvel deixado a legatários – Ausência de herdeiros – Venda do bem em vida – Não substituição do legado a tempo – Caducidade – Pretendida comprovação da vontade da falecida por meio de prova oral – Impossibilidade – Formalidade prevista em lei – Recurso desprovido. 1. Mostra-se possível a discussão encetada nos autos da ação de inventário quanto à caducidade do testamento, vez que o imóvel objeto da declaração de vontade não mais integrava o rol de bens deixados pela falecida, pois alienado em vida a terceiros. 2. A alegação de que não houve tempo hábil para que a testadora substituísse o bem e que o fato pode ser provado pela oitiva do testamentário/ inventariante, não se sobrepõe aos requisitos formais exigidos pelo legislador. 3. Recurso desprovido” (TJDFT – Proc. 20150020300758AGI – (950261), – 5ª T. Cív. – Rel. Josapha Francisco dos Santos – J. 30.06.2016).

“Anulatória cumulada com declaratória – Registro de nascimento, testamento e declarações testamentárias – Pai da autora que viveu maritalmente com uma das rés, concomitante e posteriormente ao casamento, advindo da relação duas filhas. Reconhecimento voluntário de paternidade, concessão de legado e favorecimento em disposição de última vontade. Vício de consentimento não reconhecido. Inexistência de qualquer indício de violação de vontade. Farto conjunto probatório que justifica os atos perpetrados pelo *de cujus*. Cerceamento de defesa não caracterizado. Concubinato e união estável caracterizados. Laudos periciais que comprovam a ascendência das rés. Desnecessidade de contraprova. **Caducidade do legado** não reconhecida. Reforma do prédio que não implicou mudança da forma e denominação. Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP – Ap 0003431-53.2001.8.26.0472, 13-3-2015, Rel. Erickson Gavazza Marques).

“Direito civil– Apelação cível – Ação ordinária anulatória de escritura pública de doação com reserva de usufruto – Testamento – Doação posterior do bem **legado** – **Caducidade** – Art. 1.939, II, do CC – Sentença mantida – Recurso improvido – Decisão unânime – 1 – A doação posterior do bem ou de todos os bens testados, torna ineficaz o testamento. 2 – Caducará o legado 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. Inteligência do art. 1.939, II, do CC. 3 – Recurso Improvido. Decisão Unânime” (TJPE – Ap. 0006371-74.2005.8.17.0480, 24-4-2012, Rel. Des. Agenor Ferreira de Lima Filho).

3 “Ação de abertura, registro e cumprimento de testamento. **Premoriência da legatária**. Caducidade do legado. Não cabe direito de representação na sucessão testamentária. Inteligência do art. 1.939, V, do Código Civil. Recurso improvido” (TJSP – Ap. 0027674-95.2010.8.26.0100, 7-11-2012, Rel. Luiz Antonio Costa).

DIREITO DE ACRESCECER ENTRE HERDEIROS E LEGATÁRIOS

16.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO

16.2 DIREITO DE ACRESCECER ENTRE COERDEIROS

16.3 DIREITO DE ACRESCECER ENTRE LEGATÁRIOS

16.4 DIREITO DE ACRESCECER NO USUFRUTO



SUBSTITUIÇÕES. FIDEICOMISSO

Em matéria de substituições, continuamos a cuidar da vontade do testador e de sua interpretação. A origem remonta ao Direito Romano. Sendo o herdeiro um continuador do culto doméstico, o titular de um patrimônio fazia de tudo para que não falecesse sem herdeiros.

O testador pode nomear um segundo herdeiro ou legatário, para substituir o primeiro nomeado, se, por qualquer razão, não se operar a transmissão do benefício ao indicado original. Assim como poderá nomear tantos outros substitutos, para ocupar a titularidade da deixa testamentária. Quando a nomeação for singela, e na hipótese de o herdeiro instituído ou legatário não desejar ou não puder receber a herança ou legado, na ausência de vontade do testador, a herança é devolvida ao monte, para ser recolhida pelos herdeiros legítimos. Suponhamos o caso, por exemplo, do titular de um patrimônio que não possua nenhum herdeiro legítimo, ou que seus herdeiros legítimos sejam colaterais sem nenhuma ligação afetiva. Se o testador não se precaver com a substituição dos herdeiros instituídos, na eventualidade destes não adquirirem a herança, esta vai para o Estado ou para os parentes que não têm ligação alguma com o autor da herança. Aí se encontra, de fato, a verdadeira utilidade das substituições, que impede que o testamento se esvazie por falta de titulares.

O testador pode substituir um único herdeiro ou legatário na mesma deixa, por outro ou outros beneficiários, e vice-versa. Assim, se A nomeia Paulo seu herdeiro, ele pode nomear Antônio e João para substituir Paulo. Quando a instituição é plúrima, pouco importa se decorrente de nomeado originário ou substituto; a questão se entrelaça com o direito de crescer, como já visto. Nessa substituição, há sempre uma condição que integra a própria natureza do fenômeno: o substituído só será chamado se o nomeado anterior não reunir a situação de sucessor. Essa substituição sucessiva (um, ou mais de um, recebe na ausência do primeiro indicado) é denominada *substituição vulgar*. O substituto só é chamado a suceder na falta do nomeado anterior. A questão é simples e não apresenta maior complexidade. Essa forma de substituição foi muito utilizada em Roma, quando se introduzia comumente uma grande série de substitutos, já que nessas previsões encontrava o testador um remédio para as várias causas de caducidade a que estavam sujeitas as deixas testamentárias na época.

Ao lado dessa substituição vulgar, e no mesmo nível, coloca-se a *substituição recíproca*, aquela pela qual o testador, instituindo vários herdeiros ou legatários, os declara substitutos uns dos outros. Se algum faltar, os outros são chamados a recolher a parte do faltante. É modalidade também muito utilizada no Direito Romano. Os arts. 1.947 e 1.948 tratam dessas duas formas.

O direito antigo também conheceu a *substituição pupilar*. Nessa disposição, o *pater familias* designa um herdeiro ao filho impúbere, incapaz, sob seu pátrio poder, para que, em caso de morte também do filho sem testamento, não ficasse ele sem herdeiro, uma vez que a ordem de vocação legítima poderia não ser a ele satisfatória. No tempo de Justiniano, também era conhecida a *substituição quase pupilar*, dedicada aos insanos de mente. O pai poderia instituir um herdeiro ao filho mentalmente incapaz. Essas formas não foram admitidas no direito atual.

Há, no entanto, a possibilidade de outra modalidade de substituição, juridicamente muito rica, denominada *fideicomisso*. Por esse instituto há uma transmissão *concomitante e sucessiva* a duas pessoas. Transmite-se a propriedade da coisa a um primeiro beneficiário (o *fiduciário*), propriedade essa resolúvel, com a obrigação de que esse fiduciário a transfira para um segundo aquinhado (o *fideicomissário*). Nessa modalidade, o testador institui dois sucessores, sucessivos; há uma dupla transmissão. Fiduciário e fideicomissário são ambos sucessores do *de cuius*.¹

Na substituição vulgar, apenas um herdeiro ou legatário é chamado: só se pensará no substituto se eles não puderem ou não desejarem receber a herança.

No fideicomisso, a instituição é permitida a dois sucessores, que gozarão dos poderes inerentes à propriedade cada um de per si, e em épocas distintas. Nenhuma outra instituição é admitida pela lei, no entanto, além da pessoa do fideicomissário. Na substituição vulgar, por outro lado, a adição da herança pelo primeiro herdeiro exclui todos os demais subsidiariamente indicados.

Ao analisarmos o art. 1.799, no Capítulo 10, que tratou da capacidade para adquirir por testamento, vimos que o testador pode beneficiar prole eventual de pessoas por ele designadas, desde que existentes estas últimas, quando da abertura da sucessão. Vimos da dificuldade em conceituar sua natureza jurídica e em fixar regras para a administração dos bens, enquanto se aguarda o surgimento da prole, já que o fideicomisso preenche com vantagem essa permissão legal, pois permite aquinhoar pessoas não nascidas ainda, quando da morte do testador. A matéria vem tratada nos arts. 1.951 a 1.960.

Ainda, alguns autores se referem à *substituição compendiosa*, quando se combinarem as substituições vulgares, recíproca e fideicomissária. O testador, inserindo um substituto vulgar para o fiduciário e um substituto vulgar para o fideicomissário não ultrapassa o segundo grau, em que deve cessar a disposição, e não contraria o disposto no art. 1.960.

Todas essas modalidades de substituição são critérios para dar existência a titulares das deixas testamentárias, aplicando-se juntamente com as demais regras de orientação ao julgador para a efetivação da vontade testamentária. Por conseguinte, pode ser que numa só disposição do testamento tenhamos que enfrentar problemas relacionados com as substituições, com direito de crescer, com forma de pagamento de legados etc. A aplicação das disposições de um testamento deve ser vista em sua totalidade. Naquilo que o capítulo específico omitir, cumpre que o jurista se valha dos princípios da Parte Geral do Código e dos compartimentos da Parte Especial tocados pela vontade do testador. A vontade testamentária pode criar um verdadeiro arabesco jurídico.

Acrescente-se, ainda, que o codicilo só pode estabelecer substituições para as disposições de seu

ínsito conteúdo. Não podemos instituir substituto para testamento no codicilo, que tem o limitado alcance já por nós examinado (Miranda, 1973, v. 58:98).

Como vimos, a substituição vulgar se constitui numa simples troca de titulares, que fica condicionada ao primeiro herdeiro instituído ou legatário nomeado não assumir sua condição na herança.

Dispõe o art. 1.947:

“O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro, ou legatário, nomeado para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.”

A condição implícita, portanto, para o chamado do substituto, é o substituído não querer ou não poder aceitar a herança. O “não querer” refere-se à renúncia. O “não poder” refere-se às incapacidades e ilegitimidades já vistas. Portanto, entre os outros casos, ter-se-á a vocação de um substituto, se o herdeiro tiver pré-morrído ao testador, for considerado indigno ou renunciar à herança. Se o testador pretender a substituição para uma só das hipóteses, deve fazê-lo expressamente, do contrário a lei presume que se referiu às duas situações, as quais, por sua vez, possuem várias modalidades. Aplica-se tanto à herança quanto ao legado. A substituição pode ser de um ou mais herdeiros; podem ser chamados a substituir, igualmente, um ou mais substitutos, sobre a mesma disposição. A substituição, então, pode ser singular ou plural.

Se a deixa testamentária continha encargo ou condição, a eles também fica submetido o substituto:

“O substituto fica sujeito ao encargo ou condição impostos ao substituído, quando não for diversa a intenção manifestada pelo testador, ou não resultar outra coisa da natureza da condição, ou encargo” (art. 1.949).

Cumprir verificar a intenção do testador em fazer com que a condição ou encargo acompanhe o substituto e também se tais elementos não são incompatíveis com a pessoa do novo sucessor e com as circunstâncias que acompanham o substituído.

Nada impede que o substituto seja alguém da ordem de vocação legítima, que no caso se considera herdeiro instituído. Como não há representação na sucessão testamentária, os descendentes do substituído só podem ser chamados mediante vontade expressa do testador. Embora o testador possa nomear um sem-número de substitutos, a nomeação é simples, porque caducará a substituição quando o herdeiro primitivo assumir sua condição de sucessor. Reporta-se ao que foi dito acerca da aceitação da herança e da transmissão do legado.

A caducidade da substituição pode ocorrer até mesmo antes da morte, se o substituto pré-morrer ao autor da herança. Pode ocorrer após a morte, com a aceitação da herança pelo primeiro indicado. O

substituto não pode renunciar à herança, enquanto o substituído não o tiver feito, pois ninguém renuncia a direitos que não tem. Enquanto não renunciada a herança pelo primeiro nomeado, o substituto ou substitutos não serão herdeiros. Há interesse dos substitutos numa manifestação expressa do herdeiro precedente. Pode o substituto valer-se da notificação de que trata o art. 1.807, para fazer cessar a incerteza.

A *substituição* recíproca ocorre quando o testador determina que entre os vários herdeiros nomeados, na ausência de um, os outros o substituam, na parte do nomeado ausente. A deixa sua herança dividida em três partes a Pedro, Antônio e Paulo e determina que, na ausência de um, os outros dois assumam a parte faltante. Não se confunde com direito de acrescer, porque não se trata de disposição conjunta, mas de três disposições diversas. Também no legado poderá ocorrer a substituição recíproca: B deixa seu imóvel rural a Pedro e seu imóvel urbano a Paulo; na falta de qualquer um dos legatários, o legatário remanescente receberá os dois imóveis.

Pode acontecer que os herdeiros ou legatários substituendos tenham recebido partes desiguais, tendo sido estabelecida uma substituição recíproca. O art. 1.950 determina que a mesma proporção originária fica mantida para os substitutos. Se, no entanto, o testador incluir um novo substituto, além dos já reciprocamente considerados, o quinhão vago, isto é, o que cabe ao sucessor que deixou de comparecer será então dividido em partes iguais (segunda parte do artigo). A proporção de que fala a lei aí é em relação ao quinhão em tela e não a toda a herança. Quando entra um substituto estranho, como não se sabe sua quota, deve esta ser dividida por igual. Proceder-se-á, com a presença desse novo substituto, no quinhão deixado, como uma substituição vulgar. Sempre se terá em mira que essas disposições são supletivas da vontade do testador.

O Código trata, em conjunto com as substituições, do fideicomisso. O instituto, na verdade, merece tratamento autônomo no direito das sucessões, podendo também derivar de contrato, como sustentamos aqui.

No fideicomisso, não há propriamente uma substituição. Existe uma disposição testamentária complexa por meio da qual o testador institui alguém, por certo tempo ou condição, ou até sua morte, seu herdeiro ou legatário, o qual recebe bens em propriedade resolúvel, denominado *fiduciário*, para que, com o implemento da condição, advento do termo ou de sua morte, passe os bens a outro nomeado, o *fideicomissário*.

Tanto o fiduciário quanto o fideicomissário recebem os bens diretamente do fideicomitente (o testador). A passagem do fiduciário ao fideicomissário apenas se opera *materialmente* entre eles. Juridicamente, o fideicomissário recebe os bens por direito *causa mortis* do autor da herança. Enquanto ele não receber os bens, será titular de um direito eventual.

Trata-se de um dos institutos mais ricos em detalhes técnicos no campo da ciência jurídica. Por essa razão requer um cuidado extremo de quem o institui e de quem o interpreta. São necessariamente três os

integrantes dessa operação técnica:



Se o fideicomisso for instituído por doação, *fideicomitente será o doador e fideicomissário, o donatário.*

Define o 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.”

Dispunha, por sua vez, o Código de 1916, no art. 1.733:

“Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança, ou o legado.”

Nada impede que, por ato entre vivos, no direito obrigacional, se estipule o fideicomisso. Nada existe na lei para impedi-lo e a propriedade resolúvel é legalmente aceita entre nós. Apenas ocorre que se trata de instituto típico do direito testamentário, do qual se originou. Se avençado por meio do direito obrigacional, não sofrerá as restrições próprias da sucessão. Se instituído por meio de doação, que muito se aproxima dos legados, os princípios sucessórios serão aplicados, em virtude das similitudes e dos reflexos no direito sucessório. Se inserido em negócio oneroso, tratar-se-á de contrato atípico, que apenas usa o mecanismo básico do instituto original. Ver-se-á, nesse caso, o fenômeno sob o prisma de um negócio jurídico entre vivos.

Advirta-se, porém, de início, que o Código de 2002 restringiu consideravelmente o alcance do fideicomisso, ao estabelecer, no art. 1.952, que somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. De acordo com o § 1º desse dispositivo, se ao tempo da abertura da sucessão já houver nascido o fideicomissário, este adquirirá a nua-propriedade do bem, porque o direito do fiduciário converter-se-á em usufruto. Dessa forma, o Código de 2002 reduz o fideicomisso a sua verdadeira utilidade, qual seja, a de beneficiar prole futura, transformando-se em usufruto, instituto que se lhe aproxima, quando ocorrer a situação descrita. De qualquer modo, o fideicomisso nunca gozou, no direito pátrio, de grande simpatia por parte dos testadores.



O instituto, pela própria denominação, é baseado na confiança, fidúcia. Como em Roma muitas pessoas estavam impedidas de concorrer às heranças, o testador burlava eventuais proibições pedindo a um herdeiro que se encarregasse de entregar seus bens ao terceiro que o testador queria verdadeiramente beneficiar (Azevedo, 1973:3). O disponente confiava na boa-fé do herdeiro (*fidei tua committo*), de onde proveio a palavra fideicomisso (*fideicomissum*). O testador “cometia” (entregava) a herança a alguém, sob confiança de sua boa-fé (*fidei tua*).

Inicialmente, nada obrigava o fiduciário a cumprir o prometido, a não ser o dever moral. Posteriormente, com os previsíveis abusos que passaram a ocorrer, surgiram os pretores fideicomissários, que tornaram a obrigação moral em obrigação jurídica. Para coibir abusos, passou-se a admitir ação aos fideicomissários, para que fosse cumprida a obrigação assumida pelo fiduciário. Os pretores fideicomissários foram criados para justamente fiscalizar e coibir os abusos (Arangio-Ruiz, 1973:647).

Com tais garantias, o fideicomisso passou a apresentar vantagens sobre o formalismo do direito mais antigo. Predominava a instituição do fideicomisso universal, quando nele se incluía toda a herança. Os textos de Justiniano trazem muitas referências ao fideicomisso universal (de herança) e ao fideicomisso particular (de legado).

Por intermédio do fiduciário, o testador fazia com que a herança chegasse ao destinatário verdadeiro, o qual, de outro modo, não poderia recebê-la. Originalmente, o fiduciário era herdeiro só no nome (Correia e Sciascia, 1953:394).

Aos poucos o fideicomisso vai assumindo o lugar dos legados em Roma. O direito canônico manteve o instituto, que impunha uma obrigação ao fiduciário, geralmente um clérigo, de passar os bens para obras pias ou ordens religiosas. O direito intermédio mantém o fideicomisso, que nos chega pelas Ordenações, em disposições esparsas. O fideicomisso foi útil ao feudalismo para manter as propriedades unas e conservar as heranças. Permitiu-se até que fossem ultrapassadas várias gerações, atingindo netos e bisnetos, com a criação dos morgados. O morgadio era uma forma feudal para se manter a terra com as famílias dos senhores.

O revogado Código Civil português disciplinou o instituto na forma clássica. O atual Código lusitano não só mantém o instituto como também admite expressamente o fideicomisso por ato *inter vivos*.

Em nossos dois códigos, o fideicomisso vem sinteticamente tratado em poucos artigos. O Código de 1916 trazia as pinceladas redacionais de Rui Barbosa em dispositivos “*ricos de conteúdo e seguidores*

da tradição multissecular do direito brasileiro” (Azevedo, 1973:15).

Como mencionamos, o Código de 2002 mantém o instituto (arts. 1.951 a 1.960), com restrição de seu alcance. A substituição fideicomissária ficou circunscrita tão somente aos fideicomissários ainda não concebidos à época da morte do testador. Se, quando da morte do *de cuius*, já houver nascido o fideicomissário, este adquire a nua-propriedade dos bens fideicomitidos, enquanto o direito do fiduciário converter-se-á em usufruto. Preferiu a lei nova evitar os problemas decorrentes da propriedade resolúvel do fiduciário, colocando o fideicomisso em sua mais útil e principal finalidade para o testador, qual seja, beneficiar a prole eventual de pessoa por ele designada. O presente Código realça, ademais, a similitude do direito do fiduciário ao direito do usufrutuário.

O fideicomisso pode ser composto de herança ou legado, coisas móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos. O que se transfere ao fiduciário é a propriedade, uma vez que no termo “domínio”, segundo a doutrina tradicional, só se compreendem as coisas corpóreas. Destarte, tudo que puder ser objeto de herança e legado pode estar contido em um fideicomisso. Há fideicomisso universal quando se tratar de toda a herança ou fração dela; há fideicomisso singular quando a disposição recair sobre porções certas e determinadas do patrimônio. Por doação não é admissível o fideicomisso universal, porque nesse contrato é imperioso que se identifiquem os bens objeto do negócio. Não haveria, por exemplo, como registrar os imóveis não descritos. Consoante entendemos, acompanhando a doutrina mais recente, nada obsta o fideicomisso por ato entre vivos, cumprindo, também, fazer sua distinção do fideicomisso *causa mortis*. Se instituto semelhante for contratado a título oneroso, não se pode tratá-lo como fideicomisso, mas como um contrato atípico, embora as partes possam usar seu rótulo e parte de seus princípios.

Tendo em vista a facilidade de transmissão das coisas móveis, difícil será seu controle. Por essa razão é que o fiduciário deve prestar caução, para garantir a entrega dos bens sob sua confiança, se assim exigir o fideicomissário (art. 1.953, parágrafo único). A lei não distingue, para a prestação de caução, entre os bens móveis e imóveis. O processo de caução é modalidade de processo cautelar. Esse procedimento se aplica a qualquer situação em que alguém esteja obrigado a prestar caução. Se o fiduciário não puder prestar caução idônea, não poderá entrar na posse dos bens. Deve ser nomeado um administrador, até que cumpra satisfatoriamente a exigência. Cabe ao fideicomissário provar a inidoneidade do fiduciário, nessa hipótese.

Quanto aos imóveis, o fideicomisso deverá constar de averbação no registro imobiliário (art. 167, II, nº 11, da Lei nº 6.015/73, Lei dos Registros Públicos). Enquanto não houver registro, o fideicomisso só opera entre fiduciário e fideicomissário. Alienado o bem pelo fiduciário, valerá para os terceiros a alienação, não podendo o fideicomissário reivindicá-lo. Deve ser examinada, contudo, a boa-fé do terceiro adquirente. Se não puder reivindicar o bem, caberá ao fideicomissário pedir o valor da herança ou legado ao fiduciário, quando subentrar no direito sucessório, nunca antes.

A instituição fideicomissária não pode passar da pessoa do fideicomissário. Não se admite fideicomisso além do segundo grau (art. 1.959). Qualquer disposição nesse sentido é nula. Contudo, ainda que inadvertidamente o testador institua mais um grau, a disposição valerá apenas até o fideicomissário. É ineficaz a disposição que manda fazer nova transmissão, art. 1.960: “A nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório.”² Eduardo de Oliveira Leite observa a esse respeito:

“Se, porém, por qualquer motivo, caducar o primeiro fideicomisso, quer pela renúncia do fiduciário, quer por haver ele morrido antes do testador, o primeiro fideicomissário passará a ser fiduciário, nada impedindo que aquele (anteriormente proibido de substituir) passe a figurar como primeiro, tornando-se perfeitamente válida a disposição. É a solução justa que resgata a intenção soberana do testador” (2003:629).

No sistema de 1916, o direito do fiduciário ficava limitado, temporalmente, no máximo, ao momento de sua morte. Atualmente, como apontamos, a existência da prole apontada faz desaparecer o fideicomisso, surgindo o usufruto. Essa propriedade se resolve, não cabendo a seus herdeiros, mas ao fideicomissário instituído. O instituidor pode, no entanto, fixar o direito do fiduciário por certo tempo, fixando assim um prazo e um termo final, ou uma condição. Reportamo--nos a respeito de condição ao que foi dito. Não se confunde a condição resolutiva aposta pelo testador com a resolução legal do direito do fiduciário que decorre da lei. Discute a doutrina a respeito da possibilidade de instituição de *fideicomisso residual*, ou seja, o testador institui um fiduciário, autorizando-lhe a alienação dos bens fiduciados, determinando que apenas o *remanescente* seja passado ao fideicomissário. A possibilidade insere-se na esfera da vontade do testador que está dando destino a sua porção disponível (não há possibilidade de fideicomisso sobre a legítima; a legítima só pode ser clausulada pelas formas já estudadas) (Monteiro, 1977, v. 6:233). Nada obsta, portanto, o fideicomisso de resíduo, importando, isto sim, que o testador tenha sido absolutamente expresso a respeito, pois doutra maneira persistem os princípios legais na íntegra. Nada impede também que o testador autorize a alienação pelo fiduciário de certos bens e proíba a de outros.

Caducidade e Extinção do Fideicomisso

Como vimos, o fideicomisso atribui a propriedade primeiramente a alguém, *depois* a outrem. O instituto não se liga automaticamente à inalienabilidade, como parece à primeira vista (Miranda, 1973, v. 58:139).

Tendo o fiduciário a propriedade da herança ou do legado, *mas restrita e resolúvel* (art. 1.953), pode exercer todos os poderes que o direito real maior lhe confere, inclusive alienar os objetos da disposição. Esse o grande inconveniente do instituto, se não for gravado com a cláusula de inalienabilidade o direito do fiduciário. Alienada a coisa, a propriedade resolve-se no momento da morte

do fiduciário, no termo ou no implemento da condição, cabendo ao fideicomissário ir buscá-la, com quem quer que esteja, como corolário de seu direito de seqüela, reivindicando-a. Aplicam-se os princípios da propriedade resolúvel disciplinada nos arts. 1.359 e 1.360. Por essa razão, também, é que o instituto conferido por doação permite a cláusula de inalienabilidade, o que não ocorre num negócio oneroso semelhante, já que ninguém pode gravar dessa forma seu próprio patrimônio.

Desse modo, o testador pode gravar com inalienabilidade o bem fideicomitido, como também pode condicionar o direito do fiduciário à apresentação de caução, tornando obrigatória, para o fiduciário, a caução que está colocada no art. 1.953 (art. 734), parágrafo único, como direito dispositivo do fideicomissário. Pode também o testador cometer ao testamenteiro ou a outrem a fiscalização da fidúcia, mormente quando se trata de aquinhoar prole ainda não existente. Fixemos, de novo, que tanto fiduciário como fideicomissário são sucessores da mesma herança. O fideicomissário recebe seu direito do autor da herança e não do fiduciário. No entanto, a propriedade torna-se definitiva para o fiduciário se, antes de sua morte, advento do termo ou da condição, morre o fideicomissário (art. 1.958). Do mesmo modo ocorre se o fideicomissário renuncia à herança ou legado (art. 1.955), caducando o fideicomisso e ficando os bens com o fiduciário, salvo disposição em contrário do testador. De acordo com o art. 1.954, salvo disposição diversa do testador, se o fiduciário renunciar à herança, ou ao legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar. Nesse dispositivo fica bem claro que o fideicomissário recebe a herança como herdeiro do fideicomitente.

Os motivos que excluem da sucessão os herdeiros e legatários por indignidade devem também se aplicar ao fideicomissário com relação ao fiduciário, embora não seja ele o autor da herança dos bens sob sua propriedade. A situação aplica-se ao sistema de 1916, pois não mais se adaptará, em princípio, ao art. 1.952 do Código de 2002. Sumamente imoral seria permitir que o fideicomissário recebesse os bens fideicomitidos, se atentasse contra a vida do fiduciário, por exemplo. O mesmo se diga das demais causas, não tão graves, de indignidade, do art. 1.814, que também permitem essa exegese, e vão ao encontro do espírito da lei.

O fideicomissário tem um *direito eventual* sobre bens fideicomitidos em poder do fiduciário.³ Não há mera expectativa, que existe sim antes da morte do autor da herança. Com a morte, o direito do fideicomissário já apresenta contornos nítidos, faltando apenas a verificação de alguns elementos para inteirar-se. A possibilidade de o fideicomissário renunciar à herança ou legado é prova de que o direito já existe (art. 1.955), porque não se renuncia a direito inexistente. Tanto já é direito que a própria lei lhe confere um procedimento de resguardo dos bens, por meio da exigência de caução. É um direito eventual de natureza real, que possibilitará, se necessário, a ação reivindicatória.

O segundo momento do instituto ocorre quando a herança ou legado *passa* para o fideicomissário. Esse é o termo que o testador deve usar, para evitar confusões com o usufruto. A deixa seus bens a Antônio para que ele, após sua morte, passe-os para João.

A obrigação é do fiduciário de passar os bens. O termo *transmitir* colocado no art. 1.951 pode dar ideia diversa.⁴ Tecnicamente, só transmitem direitos quem os possui. Não há transmissão propriamente

dita do fiduciário ao fideicomissário, mas uma passagem automática, com o advento da morte, termo ou condição. Cessado o direito do fiduciário sobre a coisa, existe mera passagem, uma transmissão anômala de direitos. É, sem dúvida, uma modalidade de *saisine* de bens hereditários. Por isso, a partir dessa *saisine* (o momento da passagem dos bens por morte, termo ou condição), o fideicomissário já está possibilitado para propor a ação reivindicatória. Pontes de Miranda (1973, v. 58:197) dá a entender, e nos parece que lhe assiste razão, que, se o fideicomissário tem a *saisine* do bem passado pelo fiduciário, mas recebido diretamente do *de cuius*, é defensável que tenha ele também as ações possessórias. Contudo, para uma sustentação prática, difícil será a propositura da possessória, nessa situação *sui generis*, mormente porque o fideicomissário não terá direito à coisa, se alienada de boa-fé e não constante o fideicomisso do registro. Todavia, se houve perda da posse por parte do fiduciário e tinha ele a ação possessória, não se nega ao fideicomissário o mesmo direito. O fiduciário tem o dever de zelar pelo bem, pois sabe ser sua propriedade resolúvel. Deve portar-se como um *bonus pater familias*, dentro dos princípios de probidade e boa-fé objetiva, na linha do Código em vigor.

O fiduciário responderá por danos que excederem o mero desgaste pelo uso. Doutro lado, se o fiduciário não quiser ou não puder receber a herança, os bens irão diretamente para o fideicomissário, se já vivo for, que adquire a propriedade plena, deixando de existir o fideicomisso. O mesmo sucede se o fiduciário tiver pré-morrído ao autor da herança. Herdeiro ou legatário sem intermediário é, nessa hipótese, o fideicomissário. Essa é a solução lógica, embora não exista em nossa lei dispositivo expresso. Contudo, o testador pode dispor diferentemente. Não só pode inserir substitutos vulgares para o fiduciário (e para o fideicomissário), como também determinar que, não havendo a transmissão dos bens ao fiduciário, caducará o fideicomisso. Cabe acurado exame da vontade do testador, para evitar fraudes por parte do fiduciário. Admite-se, porém, a consolidação em mãos do fideicomissário, em caso de renúncia do fiduciário, se não houver prejuízo para terceiros: todos os fideicomissários devem ser conhecidos e estar de acordo com o recebido do fideicomisso, não havendo possibilidade de surgirem outros fideicomissários. Em qualquer caso, deve o juiz estar atento para a possibilidade de fraude ou prejuízo a terceiros.

Pode ocorrer que a renúncia do fiduciário se dê e ainda não exista a prole eventual nomeada fideicomissária. Ninguém deve ser herdeiro contra a vontade. Os bens, sob essa contingência, deverão ser deferidos a um administrador, aguardando-se a solução com o surgimento ou não da prole. O administrador não assume a posição de fiduciário. Seus poderes serão mesmo de mera administração. A lei, no entanto, não prevê essa hipótese. Incumbe ao testador prevê-la expressamente, bem como o prazo de duração dessa administração.

Se o fiduciário abrir mão do termo, o qual se presume instituído a seu favor, poderá passar antecipadamente os bens ao fideicomissário. Questão mais intrincada é saber se antes do implemento da condição pode o fideicomissário receber os bens em questão; ou o que ocorre, se o fiduciário morre antes que haja o implemento. Cumpre, nessas hipóteses, examinar a vontade do testador. Se a hipótese não foi prevista por ele, nem há nada no testamento que o vede, o mais lógico é que os bens passem ao fideicomissário, com sua concordância. O fideicomissário, sendo um herdeiro ou legatário, pode ceder

seus direitos a terceiros, como podem fazer os demais herdeiros. É uma cessão de risco, assumido pelo cessionário, mas nada obsta. Pode também o fideicomissário aquiescer com a alienação feita pelo fiduciário, transmitindo-se, assim, a terceiros o bem livre e desembaraçado.

O fideicomissário recebe os bens com os acréscimos ou cômodos feitos pelo fiduciário (art. 1.956). Não tem, pois, o fiduciário direito à indenização ou retenção por benfeitorias. Justo, contudo, que possa levantar as benfeitorias voluptuárias (Miranda, 1973, v. 58:182). Responde, porém, por culpa ou dolo no caso de perda ou deterioração dos objetos fideicomitidos. Eventualmente, podemos entender que, se houver necessidade de despesas extraordinárias na conservação da coisa, as quais ultrapassem a esfera do previsível, justo será que o fideicomissário as indenize. Dependerá do caso concreto.

Os encargos que ainda restarem na herança, quando passados os bens ao fideicomissário, ficam sob sua responsabilidade (art. 1.957). Como pesa sobre o direito do fiduciário uma *restrição*, porque restrições são as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, surge o problema de perguntar se pode haver *sub-rogação* dos bens fideicomitidos. Pelas mesmas razões que autorizam a sub-rogação em outros bens na inalienabilidade, não se pode negar a possibilidade também aqui. O procedimento será o mesmo já examinado quando do estudo da inalienabilidade.

Os bens podem não estar produzindo frutos; podem estar a desvalorizar por fatores estranhos à vontade do fiduciário; podem ser de difícil administração. Caberá ao juiz, no caso concreto, verificar da necessidade, oportunidade e conveniência da sub-rogação. Aqui não se podem traçar regras apriorísticas. Evidente que, nessa hipótese, não estando de acordo o fideicomissário, ou quem o represente, devem os interessados recorrer às vias ordinárias. A ação de sub-rogação será, então, litigiosa.

Cautela maior caberá ao juiz, se a deixa fideicomitida irá pertencer à prole ainda não existente ou a incapazes. O rigor na sub-rogação aqui, em procedimento de jurisdição graciosa, deverá ser muito maior. O testamenteiro deve necessariamente participar do processo, se ainda for vivo. O Ministério Público também participa tanto dos processos de jurisdição voluntária como dos processos de jurisdição contenciosa, por estar em jogo a correta aplicação da vontade testamentária. Nada impede, por outro lado, que o próprio testador autorize a sub-rogação, dando elementos para tal.

Durante o período fiducial, exerce o fiduciário todos os direitos e ações inerentes à propriedade, porque proprietário ele é. Só ocorrerá a resolução de alienação que houver feito no momento em que a propriedade passar ao fideicomissário. A locação de imóvel ajustada com o fiduciário cessa com a extinção do fideicomisso, com o término do direito do fiduciário à coisa, salvo se o fideicomissário anuiu, por escrito, no contrato, ou se a propriedade se consolidar em mãos do fiduciário (art. 7º da Lei nº 8.245/91). Abre-se aí ensejo à denúncia vazia.

O fiduciário tem o dever de inventariar os bens fideicomitidos (art. 1.953, parágrafo único). Se não o faz, pode ser acionado pelo fideicomissário, pelo testamenteiro, ou por qualquer outro interessado na herança, já que essa porção de bens deve ser separada do restante da massa. Pode ser impedido cautelarmente de entrar na posse dos bens, se não fizer inventário.

Se nem o fiduciário nem o fideicomissário aceitarem a herança ou legado, devolvem-se os bens ao

monte. Os credores do herdeiro fiduciário ou fideicomissário renunciante podem aceitar o benefício, nos termos do art. 1.813, já estudado.

Também pela prescrição se extingue o fideicomisso, em 20 anos, no sistema de 1916, segundo o art. 177. No sistema de 2002, o prazo máximo é de 10 anos (art. 205). É conveniente que o testador estabeleça um prazo para o nascimento da prole eventual beneficiada como fideicomissária.

Para nós é perfeitamente aplicável, por analogia, como enfocamos adiante, o prazo de dois anos para o aguardo do nascimento ou concepção do fideicomissário, nos termos do art. 1.800, § 4º, se o testador não tiver disposto diferentemente. Do mesmo modo, extingue-se o direito do fideicomissário se no prazo prescricional, ou melhor, decadencial, ele não toma iniciativa para receber o bem. Nos casos em que o fideicomisso se extingue, ou porque se consolida a propriedade com o fiduciário, ou porque os bens passam para o fideicomissário, deve ser requerida a extinção do fideicomisso, que é simples procedimento de jurisdição voluntária (art. 725, VII, do CPC), propiciando-se o cancelamento do registro.

Se a coisa, objeto da disposição, desaparecer, também se extingue o fideicomisso. Haverá indenização, se a perda, ou deterioração, ocorreu por culpa do fiduciário.

Tecnicamente, não se confundem ambas as instituições, mas seus efeitos práticos se aproximam. No usufruto, há uma bipartição dos poderes da propriedade entre o nu-proprietário e o usufrutuário. Ambos são titulares concomitantes, em diferente nível, da mesma coisa. No fideicomisso, há uma disposição sucessiva. Primeiro um, depois outro é que exercem os poderes integrais da propriedade.

Por vezes, o testador não é suficientemente claro, o que dá margem a dúvidas. Não importa muito o rótulo dado pelo testador, mas sua verdadeira intenção. Se o testador determinou na disposição que os bens *passem* a outra pessoa, estaremos geralmente diante de fideicomisso (Monteiro, 1977, v. 6:234). Se a instituição do benefício é simultânea, haverá usufruto. Na dúvida, a melhor solução é entender que houve usufruto, porque já se atribuem direitos imediatos a ambos os nomeados, porque os direitos do fideicomissário são falíveis, o que não ocorre com o nu-proprietário. No usufruto, não se pode beneficiar prole eventual de uma pessoa. Isso só ocorrerá por fideicomisso.

O fiduciário, sendo efetivamente proprietário, pode até mesmo onerar e alienar o bem, se não houver proibição do testador. O usufrutuário não tem jamais esses poderes. Tem ele só a fruição e utilização da coisa. No usufruto, com a morte do nu-proprietário, o direito passa a seus herdeiros, permanecendo os direitos do usufrutuário. No fideicomisso, morrendo o fiduciário, aflora a propriedade do fideicomissário.

No Código de 2002, como vimos, o fideicomisso somente será permitido em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador (art. 1.952). Se ao tempo da morte já houver sido concebido ou nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitados, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário. Assim, a instituição será tratada como usufruto, estabelecendo-se o

designado fiduciário como usufrutuário, tendo o fideicomissário a nua propriedade. Essa mesma solução ocorrerá se quando da elaboração do testamento já vivem fiduciário e fideicomissário. Nesta hipótese, há que se entender que o testador está instituindo um usufruto. A proximidade e finalidade de ambos os institutos, além da própria dicção legal, permitem essa conclusão. Em qualquer situação, porém, há que se verificar se o testador não impôs solução diversa para essas hipóteses, pois sempre sua vontade deve preponderar, se não conflitar com lei cogente.

Repare-se, também, que o Código de 2002 permite que na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder “*os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão*” (art. 1.799). Nessa situação, como vimos, os bens respectivos serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. Essa possibilidade, dependendo da necessidade do testador, poderá substituir com vantagem as dificuldades concretas do fideicomisso. Recorde-se, ademais, de que nessa hipótese, se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4º). Esse prazo, aliás, poderá, sem dúvida, segundo entendemos, ser aplicado por analogia ao fideicomisso, quando o testador não for expresso a esse respeito. A finalidade desse dispositivo é idêntica. É de toda inconveniência que se mantenha a propriedade resolúvel nas mãos do fiduciário por longo tempo, aguardando-se a concepção ou o nascimento do beneficiário indicado como fideicomissário. Com a palavra os doutos e a futura jurisprudência.

Como examinamos, o fideicomisso dá margem a tantas nuances e tantos problemas de difícil solução prática que sofre acerbos críticas da doutrina. Muitas legislações não o contemplam. Outras não permitem a amplitude da lei brasileira, agora já bastante restrita. Realmente, o usufruto, na grande maioria das vezes, substitui com vantagem o que foi almejado pelo testador.

Inafastável, porém, sua utilidade, para permitir ao testador projetar seu patrimônio a pessoas ainda não concebidas, quando de seu falecimento. A essa premissa se conteve o mais recente Código, atento à finalidade efetiva e útil do instituto na atualidade, ficando preservada, dessa forma, toda a grandeza e engenhosidade jurídica criada pelo Direito Romano.

¹ **“Direito civil e processual civil – Sucessão testamentária – Fideicomisso – Fideicomissário preminente – Cláusula do testamento acerca da substituição do fideicomissário – Validade – Compatibilidade entre 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 resolutive, 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 a que se dá parcial provimento. 7 – Recurso especial a que se dá parcial provimento” (STJ – REsp 1.215.953 – (2010/0191565-0), 4ª T., Relª Minª Maria Isabel Gallotti, DJe 4-2-2014, p. 1726).

“**Inventário** – Pedido de liberação das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade incidentes sobre os imóveis inventariados. Deferimento condicionado à substituição dos gravames. Descabimento. Exigências estabelecidas com o propósito de garantir o **fideicomisso** instituído pelos doadores originários. Efetivação da substituição fideicomissária, com a consequente transmissão dos bens às beneficiárias, que não mais justifica a manutenção dos gravames, que notoriamente impedem o livre aproveitamento do patrimônio. Admissibilidade do pronto levantamento das restrições, sem exigência de substituição – Recurso provido” (TJSP – AI 0175665-79.2013.8.26.0000, 17-10-2013, Rel. Galdino Toledo Júnior).

“**Fideicomisso**. Morte do fiduciário. Observância do testamento. Capacidade para suceder. Legitimidade do fideicomissário. Apelação cível. Ação anulatória. Fideicomisso. Ação de divisão que não importa na sua extinção. Desprovimento do recurso. 1 – Ação anulatória em que objetivam os apelantes a declaração de propriedade e a inclusão de imóvel no qual incide fideicomisso, no inventário, a fim de que se seja partilhado com as suas filhas do primeiro casamento. 2 – Fiduciária e fideicomissárias que ajuizaram ação de divisão de condomínio, na qual restou acordada a repartição do bem na forma disposta em acordo homologado judicialmente. 3 – Somente duas são as causas de extinção do fideicomisso: a nulidade e a caducidade, sendo certo que ambas não incidem no caso apreço, porquanto não estipulado o fideicomisso além do segundo grau, não perecido seu objeto, inexistente qualquer renúncia por parte do fideicomissário ou pelo fiduciário, e legitimados os fideicomissários para suceder. 4 – De certo que, por se tratar de substituição fideicomissária, eventual parte que couber à fiduciária com a divisão, ingressará no patrimônio das fideicomissárias com o advento de seu falecimento, marco estabelecido pelo testador, no caso, para a transferência da herança ou legado aos seus destinatários. 5 – Com a superveniência do evento previsto pelo testador – Morte da fiduciária cessa o direito da mesma sobre a coisa, transmitindo-se automaticamente aos fideicomissários. 6 – Ademais, sendo o direito do fiduciário resolúvel em virtude do termo ou da condição que ensejará a transmissão do bem ao fideicomissário, eventual alienação do bem a terceiro também se encontrará resolvida. 7 – Com a morte da fiduciária, a propriedade do imóvel foi automaticamente transmitida às fideicomissárias, na forma da legislação e do testamento. 8 – Desprovimento do recurso” (TJRJ – Acórdão 0090342-84.2002.8.19.0001, 18-10-2012, Relª Desª Monica Costa Di Piero).

“**Apelação cível** – Habilitação em inventário – Preliminar de não conhecimento da apelação – Recurso inadequado – Decisão que indefere pedido de habilitação – Cabimento de agravo de instrumento – Inocorrência – Mérito – Matéria não ventilada na petição inicial – Impossibilidade de apreciação em sede recursal – Supressão de instância – Inexistência de fideicomisso – Negócio jurídico – Necessidade de exposição clara e expressa no testamento – Ocorrência de substituição testamentária vulgar – I – Havendo impugnação à habilitação em inventário deve a controvérsia ser dirimida nas vias ordinárias, devendo ser observado as disposições dos arts. 1.055 a 1.062 do Código de Processo Civil, com a instauração de procedimento incidental a ser resolvido por sentença atacável por apelação. Somente quando solucionada a questão nos próprios autos do inventário, por decisão interlocutória, é que se mostra comportável o agravo de instrumento. II – Matéria que não foi ventilada na petição inicial e somente abordada na fase recursal, constitui inovação que não pode ser apreciada pelo tribunal em sede revisional, sob pena de supressão de instância. III – O fideicomisso, por ser um negócio jurídico testamentário, deve estar expressamente consignado no testamento, com clara indicação de sua existência e definição do fideicomitente, fiduciário e fideicomissário, não podendo ser presumida sua existência. Havendo cláusula testamentária nomeando um segundo herdeiro ou legatário, para substituir o primeiro, se, por qualquer razão, não se operar a transmissão do benefício ao indicado original, tem-se a substituição testamentária vulgar, situação diversa do fideicomisso. Apelação conhecida e improvida” (TJGO – AC 200991410262, 9-6-2010 – Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa).

2 “**Direito civil e processual civil** – Sucessão testamentária – Fideicomisso – Fideicomissário preminente – cláusula do testamento acerca da substituição do fideicomissário – validade – compatibilidade entre 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. 1.958 c.c. 1.955, 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 1.215.953 – (2010/0191565-0) – 4ª T. – Relª Minª Maria Isabel Gallotti – DJe 04.02.2014 – p. 1726).

“**Sucessão.** Herança. Disposições testamentárias. **Instituição de fideicomisso.** Morte de algumas sobrinhas fideicomissárias antes do óbito da fiduciária. Caducidade do fideicomisso. Incidência do art. 1.958 do CC. Direito de representação dos sobrinhos netos. Não caracterização. Na classe dos colaterais, em que os mais próximos excluem os mais remotos, o direito de representação se dá apenas para os filhos dos irmãos do *de cujus*, assim como, na linha transversal, esse direito opera efeitos somente em favor dos filhos de irmãos do falecido, hipóteses não retratadas nos autos. Inteligência dos arts. 1.840 e 1.853 do CC. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSP – AI 0049959-86.2013.8.26.0000, 17-7-2013, Rel. Mendes Pereira).

“**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 àquela 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 70046210621, 11-4-2012, Rel. Roberto Carvalho Fraga).

3 “**Apelação cível** – Ação declaratória de ato jurídico c/c adjudicação compulsória e dano moral – **Fideicomisso** – Compra e venda realizada pelos réus – Ausência de direito de preferência em favor do autor – Inexistência do contrato de locação – Compra e venda – Bem fideicomissado gravado de cláusula de inalienabilidade – Impossibilidade de venda pelo fiduciário – Art. 69, cc 1916 – Renúncia posterior ao fideicomisso – Venda pelo fideicomissário a terceiro – Possibilidade – Registro efetivado perante o cartório de registro imobiliário – Validade – Aquisição legítima da propriedade – Reconvenção – Conexão entre o pedido inaugural e reconvenicional existente. Honorários advocatícios – Ausência de condenação – Art. 20, § 3º, do CPC – Erro *injudicando* – Aplicação do § 4º – Arbitramento – Redução da verba honorária que se impõe – Recurso conhecido e parcialmente provido” (TJSE – AC 2009208937 – (6924/2010), 29-7-2010 – Rel. Des. Osório de Araujo Ramos Filho).

4 “**Apelação cível** – Registro de testamento – Validade – Morte do legatário – Fideicomisso – Não perde a eficácia o testamento, com o falecimento do legatário antes da abertura do testamento, se estabelecida pela testadora a **substituição fideicomissária** em favor dos netos. Aplicação do art. 1.951 do CC/02. Sentença desconstituída para prosseguimento do processo na origem. Apelação provida” (TJRS – Acórdão 70041424201, 24-8-2011, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho).

DESERDAÇÃO

18.1 EXCLUSÃO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS

Caso 7- Herdeiros necessários – Deserdação – Testamento

Pelo sistema atual, a deserdação é a única forma que tem o testador de afastar de sua sucessão os herdeiros necessários, o cônjuge, descendentes e ascendentes. A deserdação é, portanto, uma cláusula testamentária, a qual, descrevendo a existência de uma causa autorizada pela lei, priva

um ou mais herdeiros necessários de sua legítima, excluindo-os, desse modo, da sucessão.

18.2 ORIGENS HISTÓRICAS

18.3 REQUISITOS DA DESERDAÇÃO

18.4 PROVA DA CAUSA DA DESERDAÇÃO

18.5 CASOS DE DESERDAÇÃO

18.6 EFEITOS DA DESERDAÇÃO

.8.6.1 Os Efeitos não Passam da Pessoa do Deserdado

.8.6.2 Diferenças na Situação Jurídica do Indigno e na Situação Jurídica do Deserdado

.8.6.3 Destino dos Bens que Caberiam ao Deserdado



REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Segundo estabelecemos nos capítulos anteriores, havendo herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes, bem como o cônjuge em determinadas situações), o testador não pode atribuir no testamento senão a metade de seu patrimônio. A outra metade constitui a *legítima* dos herdeiros necessários.

Pode ocorrer, contudo, que, por inadvertência, desconhecimento, diminuição ou desvalorização de seu patrimônio, fatores alheios a sua própria vontade, ou malícia, o testador venha a ultrapassar a metade disponível. O mesmo pode acontecer nas doações. Em qualquer situação, há que se ajustar a legítima. Aqui se trata de redução nas deixas testamentárias.¹

Nas doações, o fenômeno ocorre pelas mesmas razões e estão entrelaçadas (arts. 549, 2.008; 1.789, 1.846, 1.847). Também ocorrendo a situação na partilha em vida, permitida pelo art. 2.018, poderá haver redução, já que o sentido é o mesmo (aqui se trata de ação de anulação de partilha por ato *inter vivos*, referida pelo art. 657 do CPC, como veremos). O testamento não se invalida. Contudo, hão que se reduzir as disposições do testamento, para assegurar a garantia da legítima, definindo-se regras para esse fim. Esse é, pois, o sentido do tema, qualificado no art. 1.967: “*as disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes*”.

Se não houver herdeiros necessários, não há que se falar em redução, de vez que o testador podia dispor de todo seu patrimônio. E se, ao contrário, as disposições testamentárias não atingirem os limites do disponível, todo o remanescente, não incluído no testamento, caberá aos herdeiros legítimos (art. 1.966). Atendidas as disposições testamentárias, nada se tocando na legítima, o remanescente será atribuído aos herdeiros necessários ou legítimos. A *redução* determinada na lei é uma forma de garantir a intangibilidade da legítima.²

Já estudamos que no Direito Romano, desde a época de Justiniano, existia uma porção reservada da herança a determinados herdeiros. A eles, se prejudicados, se concedia ação para as situações em que o testador, sem razão justa, os excluía da sucessão, em favor de terceiros.

É questão moderna, e de ordem prática, saber qual o procedimento a ser adotado para a redução. Se tiver condições, de plano, o juiz pode determinar a redução nos próprios autos de inventário, se acomodados os interesses das partes. Nessa situação, não há questões de *alta indagação*.

Não satisfeito qualquer interessado, ou não sendo possível a redução no curso do inventário, há que

se recorrer à ação própria da redução (denominada tradicionalmente de *actio in rem scripta*). Enquanto não aberta a sucessão, não é possível se intentar a ação, porque ainda não há herança.³

Interessado na propositura da ação de redução será não só o herdeiro (podendo vir só ou acompanhado dos demais, como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais), como também o cessionário de direitos hereditários, os sub-rogados no seu direito por igual direito sucessório (pois a ação é transmissível), bem como os credores do herdeiro lesado (que veem sua garantia quirografária diminuída) (Pereira, 1984, v. 6:250).

O herdeiro que não se interessar pela redução e não mover ou participar da ação não será atingido pela coisa julgada. A redução vai beneficiar tão só os herdeiros que não se mantiveram inertes. Não há coisa julgada material dentro do inventário. O herdeiro que não concordar com a partilha, homologada contra sua vontade, continua com a possibilidade de mover ação autônoma. O direito a essa ação, por conseguinte, não é personalíssimo, sendo passível de cessão (Nonato, 1957, v. 3:373). O cônjuge supérstite meeiro também tem legitimidade para essa ação, se invadida sua meação, uma vez que o testador não podia dispor do que não tinha. O mesmo se diga quanto ao convivente que também tenha direito à meação.

Quando há herdeiros incapazes, caberá a iniciativa a seus representantes. Em seu silêncio, ocorrendo conflito entre a vontade do incapaz e do representante, deve o Ministério Público zelar para que a ação seja proposta por curador especialmente nomeado para tal. Os incapazes não podem transigir ou renunciar a direitos sem autorização judicial. Os credores do espólio não têm legitimação para essa ação, já que todo o acervo hereditário lhes garante o crédito.

Enquanto não terminado o inventário e antes da partilha, as parcelas litigiosas não devem ser objeto de homologação. Após a homologação da partilha, o pedido de redução, julgado procedente, anulará a partilha, ainda que parcialmente. Não se invalida a disposição testamentária excedente, nem o testamento. O procedimento ou processo de redução tem por finalidade reduzir o objeto material do testamento. A *parte inoficiosa* do testamento é tornada ineficaz.

Se os herdeiros, maiores e capazes, houverem por bem cumprir o testamento com parte inoficiosa, o interesse é privado. Nada obsta que deixem de exercer o direito e a ele renunciem. Se, por um lado, a ação por inoficiosidade decorrente de testamento só possa ser proposta após a morte do autor da herança, quando o excesso decorrer de doação ou partilha em vida, com base nesses atos pode ser proposta a ação, embora se defenda também o contrário. Carlos Maximiliano (1952, v. 3:39), acompanhado de boa parte da doutrina, acredita que em vida não há como se saber da inoficiosidade, nem quem serão os herdeiros. Não deixa de ter razão, mas sendo ato entre vivos, já existe ação nascida para anulação a partir daí, ou como diz Orosimbo Nonato (1957, v. 3:376), nossa lei, nesse passo, adotou o critério da *atualidade*. Esta é a opinião mais moderna e a dominante em nossa doutrina. Não se nega, porém, que também aqui as ações possam ser propostas após a morte. Ao que propõe a ação cabe provar o excesso. A prova incumbe a quem alega. Nem sempre será fácil na prática, dependendo, geralmente, de uma avaliação indireta.⁴

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) já referido criara na situação já vista do § 2º do art. 1.611 uma herança concorrente para o viúvo ou viúva em usufruto, da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e da metade se concorresse com ascendentes do falecido. Essa forma de herança, quase imperceptivelmente, colocou o cônjuge supérstite como herdeiro necessário em usufruto. Na convivência com disposições testamentárias, esse direito ao usufruto, no sistema anterior, seria sobrepujado pela vontade do testador, de modo que na partilha havia que se separar os bens que serão usufruídos, ainda que incidam sobre bens dispostos no testamento. O herdeiro testamentário ou legatário, nessa hipótese, pode receber o bem gravado com usufruto. O juiz, na acomodação da partilha, é que deve buscar a solução mais justa e menos gravosa para os herdeiros, observando, no que couber, as regras de redução e a vontade do testador.

Deveria esse usufruto incidir sobre a legítima ou sobre a parte disponível? Como não havia disposição legal, cremos que a melhor solução se coloca no sentido de que a quota dos herdeiros testamentários é que devia ser gravada com o usufruto, até onde bastasse, atingindo-se os legados, se fosse necessário. Esse usufruto tratava-se, também, de herança que não podia ser afastada pela vontade do testador, e o sentido da lei fora procurar deixar livre de ônus a quota dos herdeiros necessários. Como se nota, a lei inserira o cônjuge sobrevivente como herdeiro de usufruto nessa modalidade de herança. No entanto, caberá ao intérprete examinar a questão se o cônjuge falecido, por exemplo, também aquinhoou o sobrevivente no testamento, atribuindo-lhe parte da herança em propriedade.

O objetivo da ação de redução é reconhecer a inoficiosidade e obter a reintegração do bem à legítima. É ação de natureza tipicamente sucessória, porque os bens voltam a reintegrar-se no monte, para sua distribuição aos herdeiros necessários. Se o bem não mais existir, ou tiver sido alienado de boa-fé, deve o acionado devolver em valor atualizado. Enquanto de boa-fé, não deve o beneficiado responder pelos frutos, devendo ser indenizado pelas benfeitorias da coisa.

Em síntese, a ação de redução resolve, em regra geral, o domínio transmitido pelo *de cuius*, no todo ou em parte, na medida necessária para respeitar a integridade da legítima. A substituição pelo preço do excedente só ocorre quando não mais possível a restituição em espécie. Se se tratar de redução parcial, porém, de pequeno valor, não se pode negar a reposição em dinheiro, que atenderá melhor ao interesse das partes e à vontade do testador.

Não há distinção também com relação à natureza dos bens. A ação atinge tanto os bens móveis quanto os imóveis.

O art. 1.847 fixa o critério para a apuração da metade disponível. No caso de testamento, segundo o Código, a parte disponível é apurada sobre o total de bens existentes ao falecer o testador, abatidas as dívidas e as despesas de funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação.

No caso de liberalidade (doação) em vida, o critério é o estabelecido por esse artigo 1.847. O eventual excesso deve ser apreciado no momento em que foi feita a doação, como se o falecimento

tivesse ocorrido naquela data. Como um lapso temporal longo pode ter decorrido desde o ato, a prova avaliatória será, por vezes, complexa. Não se deve esquecer de que o art. 2.004 oferece os critérios para o estabelecimento do valor das doações, como veremos.

Orlando Gomes enfoca o problema de doações sucessivas (1981:83). Nesse caso, a regra não pode ser aplicada isoladamente, sob pena de se nulificar o princípio. Segundo entendemos, porém, as doações devem guardar certa contemporaneidade, porque se busca primeiramente a anulação da doação mais recente, como regra geral. Deve ser feito, no caso, um conjunto de avaliações, levando-se em conta todas as doações. Caberá à perícia fixar os valores, com a devida atualização monetária para padrão da época do julgamento. Para a apuração da legítima devem ser levados em conta todos os bens do ativo patrimonial (móveis e imóveis, direitos e créditos), isso ao tempo da morte do testador, já que tratamos do testamento. Desse montante devem ser deduzidos os débitos do morto, os quais passam a onerar o espólio. Há débitos do espólio que se originam após a morte do testador, aí se incluindo as despesas de funeral. As despesas com advogados, auxiliares do juízo, custas de inventário etc. também devem ser deduzidas como dívidas do monte, suportadas proporcionalmente pelos herdeiros e legatários, uma vez que a todos interessam. Se o herdeiro ou legatário prefere constituir advogado próprio, essa despesa é exclusivamente sua, já que o procedimento não requer diferentes patronos.

Naturalmente, trata-se de uma operação contábil. Há créditos duvidosos do espólio, realizáveis a médio e longo prazo, contas a pagar etc. Na verdade, dependendo da complexidade dos bens da herança, há necessidade de um balanço completo. É sobre a massa ativa realizável que deve ser calculada a legítima. Não se pode ficar na esperança de recebimento de créditos duvidosos e eventuais para a inteiração da legítima. Se esses créditos vierem posteriormente a integrar a herança, faz-se uma liquidação complementar do ativo.

Os créditos incobráveis, seja porque o devedor é insolvente, ou porque há discussão sobre sua existência e validade, ou porque já prescritos, não podem ser incluídos na massa para integrar o ativo e, conseqüentemente, não podem ser computados na legítima. Contudo, se o crédito é ou não duvidoso, essa é uma questão de fato que fica a critério do juiz (Borda, 1987, v. 2:94).

Do mesmo modo, não podem ser incluídos os créditos sob condição suspensiva que, evidentemente, ainda não integram o patrimônio partilhável. Se há condição resolutiva, a situação é de mais difícil solução porque, com o implemento da condição, desaparecerá o bem da herança. Melhor será que os bens sob condição resolutiva sejam imputados na parte disponível. É risco que vai onerar os herdeiros nomeados e legatários.

Como vivemos em um país sob risco de inflação e tendo em vista nosso passado econômico, todas as avaliações devem ser trazidas cuidadosamente para os valores do momento atual da morte. A avaliação contábil deverá estabelecer um padrão vigente à época da partilha, de acordo com os índices oficiais aplicáveis, ou qualquer outro critério legalmente aceito. Há toda uma problemática subjacente à avaliação imobiliária, que só um técnico especializado pode fazer para auxiliar o juízo. A avaliação fiscal não pode ser levada em conta para o cálculo da legítima, visto que espelha valores fora da

realidade do mercado e, por força de injunções legais, heterogêneos entre si.

Embora tratemos do exame da porção legítima e da porção disponível, por força das disposições testamentárias e assim o fazem os arts. 1.967 e 1.968, já mencionamos que as doações, embora negócios jurídicos *inter vivos*, também estão sujeitas à redução da parte não autorizada. A matéria deve ser melhor esmiuçada quando do estudo das colações, assim como no estudo específico do contrato de doação. É importante, porém, fixar que, sem esse princípio presente no ato de liberalidade em vida, facilmente se burlaria a garantia da legítima. Por isso, a lei estipula que a doação dos pais aos filhos importa adiantamento de legítima. Bastaria que o titular já doasse todos os seus bens, reservando, talvez, alguns para subsistência, ou o usufruto de todos. Para o exame do excesso são utilizadas as mesmas regras já apontadas para o testamento. Só consideramos inoficiosa a doação no que exceder a legítima, no momento da doação (art. 549), porque é essa a época do exame da inoficiosidade estampada pelo legislador. A lei deveria fixar o critério do momento da morte, pela dificuldade trazida pela desvalorização da moeda, como veremos.⁵

Se o testador dispensou da colação a doação, é como se tivesse atribuído para após a morte sua parte disponível. A situação vai materializar-se com a obrigação de colacionar os bens doados (art. 2.003 ss, ver Capítulo 23). As doações são, portanto, imputadas na *metade disponível* quando não foram feitas a descendentes (terceiros, estranhos ou não à herança) ou quando o disponente doou aos descendentes com dispensa de colação. O excesso, sendo inoficioso, deverá ser restituído proporcionalmente pelos donatários (Itabaiana, 1987:324). Doutro lado, as doações se incluem na porção legítima, como adiantamento desta, se feitas aos descendentes *sem dispensa de colação*. Aí entendemos que o doador se antecipou em outorgar a legítima. “*Nessa hipótese, só se considera inoficiosa a parte da doação que exceder a legítima do donatário e mais a metade disponível do doador*” (Itabaiana, 1987:324). O doador somente poderia aquinhoar, pelo testamento, o descendente com sua metade disponível.

O dever de colacionar os bens não se confunde com a redução das disposições. A colação é feita apenas *ad valorem*, para a apuração do patrimônio disponível. Só haverá redução, propiciando-se ação para tal, se for apurada, nas operações contábil e avaliatória, a inoficiosidade. Tanto que, se o bem já houver sido alienado pelo donatário, o que importa é a colação de seu valor.

O testador pode ter previsto em sua última vontade uma ou mais formas de redução. Sempre que possível, se atenderá à sua vontade. Daí porque estampa o § 2º do art. 1.967 que o testador pode determinar que a redução prefira os quinhões de certos herdeiros, ou certos legados.

No § 1º do mesmo artigo se dá a orientação legal:

“Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.”

A opção de reduzir primeiramente a herança disponível é meramente legislativa. O Código argentino, por exemplo, determina justamente o contrário, onerando primeiramente os legados. Como os legados se assemelham a uma doação e geralmente é encargo do herdeiro entregar o legado, talvez esteja aí o sentido prático da preferência.

Nossa lei não estabelece uma ordem de redução dos legados. Nem mesmo os legados de alimentos estão livres da redução. Sempre que for de conveniência, deve o juiz autorizar as reposições em dinheiro por parte dos legatários, já que assim se estará buscando o sentido da vontade do testador. A redução que sofre o herdeiro instituído poderá ir até o ponto de nulificar a deixa, se não completada a legítima. Se forem vários os herdeiros, a diminuição será rateada entre todos. Se houver necessidade de se atingir um legado que consista em *prédio divisível*, o art. 1.968 determina que a divisão se faça proporcionalmente.

A seguir, como se vê, o Código passa a tratar do *prédio indivisível*. Dispõe o § 1º do art. 1.968:

“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 direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na metade disponível. Se o excesso não for mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio.”

A avaliação do imóvel no bojo da herança mais uma vez avulta de importância. Essas regras evidentemente são supletivas da vontade do testador e da vontade dos interessados, que melhor farão se se compuserem.

Haverá situações de difícil deslinde na prática, a começar pela viabilidade de divisão de um imóvel que poderá perder muito de seu valor. Nem sempre será aconselhável a divisão de um imóvel rural, pois pode apresentar-se economicamente desvantajosa. Com propriedade afirma Sílvio Rodrigues (1978, v. 7:215) a respeito:

“é verdade que a rigidez da disposição legal não deve escravizar o juiz, quando levar a soluções manifestamente inconvenientes. Isso ocorrerá quando a redução for excessivamente pequena, ou quando trouxer imenso prejuízo ao legatário, hipóteses em que deve exigir ou permitir a redução em dinheiro”.

Quando, porém, tratar-se de *prédio indivisível*, o § 1º não permite outra solução, na falta de acordo, que não essa da lei. Obedecem-se às proporções de valor e evita-se o condomínio. O § 2º do artigo permite que, se o legatário também for herdeiro, inteire sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros herdeiros, sempre que o valor de sua quota e a parte do legado forem suficientes. Evita-se mais uma vez o condomínio. Esse é o sentido dos parágrafos examinados.

Se, mesmo a redução das quotas dos herdeiros e dos legados não bastar para inteirar a legítima,

cumpra aos herdeiros prejudicados recorrerem à anulação das doações inoficiosas, nos termos do art. 549, se presentes os respectivos pressupostos. Reduzir-se-ão primeiramente as doações mais modernas (Monteiro, 1977, v. 6:222). É a solução mais lógica, embora não decorra da lei, a qual, porém, não determina que a redução das doações também se faça *pro rata*. Todavia, se as doações forem simultâneas ou contemporâneas, razão não existe e será mais justo que se opere o rateio entre os vários donatários, segundo nos parece.

O terceiro que adquire bem proveniente de doação inoficiosa não tem praticamente condições materiais de suspeitar do problema. Se não há ação alguma em curso, e o bem se apresenta livre de suspeitas, nem que fosse diligentíssimo poderia suspeitar de uma futura e eventual ação por inoficiosidade. Daí porque não partilhamos da opinião de que há presunção de fraude (Maximiliano, 1952, 3. v. 55; Nonato, 1957, 2. v. 390). Essa posição insere um elemento de extrema insegurança nos negócios jurídicos. Muito difícil será para o adquirente investigar se o bem que adquire se inseriu anteriormente em doação inoficiosa. Não se trata de situação perceptível por circunstâncias externas, como a fraude contra credores, por exemplo. A fraude deve ser provada no caso concreto. Nunca esqueça que o intérprete não pode raciocinar, a cada questão, sobre fraudes, pois a má-fé não se presume. Se o terceiro estiver de boa-fé, o donatário responde pela reposição do valor. Se o terceiro, de qualquer forma, foi cientificado da existência do fato, cessará aí sua boa-fé, podendo ser atingido pelos efeitos da ação.

Outra questão é a insolvência do donatário de liberalidade inoficiosa. Discute a doutrina se a ação de redução pode ir buscar as doações anteriores. A insolvência é, contudo, um risco que o herdeiro deve suportar, tratando-se de prejuízo equivalente a créditos não recebidos pelo *de cuius* (Wald, 1988:157). Lembre-se, no entanto, do que dissemos a respeito de doações simultâneas ou contemporâneas.

Se a coisa doada se perde por culpa do donatário, deve indenizar o prejuízo até o montante da inoficiosidade. Se por caso fortuito ou força maior, não há dever de indenizar. Considera-se inexistente a doação.

¹ “Recurso especial – **Testamento – Ação de redução de disposições testamentárias** – Prova – Perícia para avaliação de bens doados pelo testador à viúva casada pelo regime de separação obrigatória de bens – Liberdade do juiz na condução da prova – Alegação de desnecessidade da perícia afastada – Recurso especial improvido – 1 – Em ação movida por herdeiros necessários visando à redução de disposições testamentárias em prol da viúva, para preservação da legítima (CC, art. 1.789), pode o Juízo, visando à formação do livre convencimento futuro sobre os temas envolvidos, que não podem ser prematuramente decididos, determinar a realização de perícia para verificação dos valores envolvidos no patrimônio, nas doações e no testamento do *de cuius*, limitando-se a matéria, por ora, ao campo exclusivamente da produção de prova para a análise futura em meio às controvérsias de fundo. 2 – Recurso Especial improvido” (STJ – REsp 1.371.086 – (2013/0054984-5), 26-5-2015, Rel. Min. Sidnei Beneti).

² “**Direito civil** – Apelação cível – Casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916 – Regime de bens – Separação legal – Doação e testamento contemplando cônjuge após o matrimônio – Possibilidade – Inobservância da legítima cabível aos herdeiros necessários pela escritura de doação – Nulidade da parte que ultrapassar a metade disponível – A nulidade e redução de quota testamentária e doação pode ser requerida em ação própria, fora dos autos do inventário, especialmente quando não houver consenso entre as partes e se tratar de questão de alta indagação – Permite-se no casamento celebrado sob a vigência do Código Civil de 1916, em

regime de separação obrigatória de bens, a doação e disposição testamentária em favor do cônjuge, desde que sejam posteriores ao matrimônio – As disposições testamentárias e doações devem respeitar a legítima cabível aos herdeiros necessários, evidenciando-se a nulidade do que ultrapassar o patrimônio disponível – Apelo provido em parte” (TJMG – AC 1.0024.14.121836-2/001, 13-10-2015, Rel. Heloisa Combat).

“Ação de anulação de testamento. Testador ultrapassou a parte disponível. Necessidade de **redução das disposições testamentárias**. Exclusão da filha. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap 0026126-12.2010.8.26.0625, 4-9-2013, Rel. Fortes Barbosa).

3 “Dupla apelação cível – Ação de nulidade de ato jurídico – Testamento Público – Legítima – Excesso – Redução – Testamento Válido – Celebrado na vigência do Código Civil de 1916 adiantamento de legítima. Ausência de prova. 1 – Conforme inteligência do art. 1.721 do Código Civil de 1916, pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. A existência de liberalidades ultra vires não contamina de nulidade o testamento, impondo-se tão somente a **redução das disposições testamentárias**, a fim de que não excedam a porção disponível, a teor do art. 1.727 do Código Civil de 1916 que vigente à época dos fatos. 2 – Tendo o testamento que fundamenta o pedido exordial sido celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, aplica-se a referida regra ao caso. 3 – Diante da ausência de provas de que os autores/herdeiros, foram contemplados com o adiantamento da legítima, impõe-se a improcedência da apelação, mesmo porque os réus não se desincumbiram do ônus que lhes é imposto pelo artigo 333, inciso I, do CPC. Apelações cíveis conhecidas e desprovidas” (TJGO – AC 200992447321, 8-1-2015, Rel. Des. Jeova Sardinha de Moraes).

“Embargos de declaração. Direito processual civil. Ação anulatória de testamento. Acórdão que concedeu provimento ao recurso de apelação a fim de **anular parcialmente a disposição de última vontade da testadora na parte que invadiu a legítima**. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Observância da lei. Preservação da vontade do *de cuius*. Adequação da via eleita pelo autor, em razão da excepcionalidade da situação (contenciosidade entre os herdeiros). Prescindibilidade de produção de prova pericial. Fato incontroverso nos autos. Acórdão que analisou todos os argumentos suscitados em sede de embargos. Insurgência que visa apenas rediscutir o mérito. Impossibilidade. Embargos de declaração conhecidos e desprovidos, ante a inexistência de omissão. 1 – O cerne da presente querela está direcionado a possíveis omissões no acórdão embargado, o qual não haveria se atido, segundo a embargante, ao pedido insculpido na exordial, assim como ao que prescreve a legislação cível, no que tange à mera redução das disposições testamentárias, uma vez constatada extrapolação da parte disponível do patrimônio do testador, não havendo que se falar em nulidade parcial do testamento. Outrossim, defende a recorrente a imprescindibilidade de produção de prova pericial, a fim de que restasse constatada a exacerbação da parte disponível. 2 – Resta clarividente que o acórdão vergastado, ao declarar a nulidade parcial das disposições testamentárias, objetivou resguardar a vontade da testadora em sua parte válida, não extrapolando o petitório póstumo antes se ateu em observar os comandos legais pertinentes à espécie, considerando as peculiaridades inerentes ao direito de sucessão. 3 – Outrossim, o julgado guerreado não padece de qualquer omissão, pois fundamentou suficientemente a adequação da via eleita: ‘Por conseguinte, não há como se reputar inadequada a pretensão autoral, uma vez que, presente a contenciosidade, não há como proceder à redução nos próprios autos do inventário, sendo imperioso o ajuizamento de ação ordinária pelo herdeiro necessário que se sentir prejudicado, como, *in casu*, observa-se.’ (fl. 480). 4 – Por fim, quanto à necessidade de produção de prova pericial, insta salientar que os próprios promovidos, ora embargantes reconheceram o vício que inquinava o testamento, razão pela qual, tal fato restou incontroverso nos autos. 5 – A insurgência em apreço busca apenas rediscutir a matéria analisada no acórdão vergastado, pretensão esta incabível em sede de embargos de declaração. 6 – Embargos de declaração conhecidos, porém rejeitados, ante a inexistência de omissões. Acórdão: Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer os Embargos de Declaração, a fim de rejeitá-los, de acordo com o voto do Relator” (TJCE – EDcl 0011099-12.2000.8.06.0167/50000, 12-9-2012, Rel. Paulo Francisco Banhos Ponte).

4 “Apelação – Inventário – Doação de bens – **Adiantamento da legítima** – Obrigatoriedade de colacionar os bens recebidos – Valor da colação dos bens será aquele que lhes atribuir o ato de liberalidade – Inteligência do artigo 2004, do Código Civil – Decisão não impugnada ao tempo oportuno – Matéria preclusa – Sentença mantida – Recurso desprovido” (TJSP – Ap 0022489-66.2007.8.26.0590, 31-3-2016, Rel. Costa Netto).

“Apelação cível – Doação de imóvel a um dos filhos – Patrimônio existente no momento da liberalidade – Compra e venda de segundo imóvel de valor superior – Data da alienação – Momento do registro – Contrato de promessa de compra e venda – Pagamento do sinal – Irrelevância – Legítima resguardada – O imóvel alienado por compra e venda constitui parte integrante do patrimônio da alienante até a data do registro da respectiva escritura, sendo o preço de venda considerado para fins de apuração da parte dos bens reservados à legítima. Comprovado que o valor do imóvel doado exclusivamente a um dos filhos é inferior à metade do patrimônio da doadora no momento da liberalidade, não há se caracterizar o ato como doação inoficiosa – A doação feita pelos ascendentes aos descendentes importa em adiantamento da legítima. Assim, as doações em dinheiro feitas aos autores também caracterizam antecipação da partilha do imóvel comercial de propriedade da genitora, cuja venda se consolidou após a doação feita com exclusividade a um dos filhos, reforçando

a validade do ato e o respeito à parte não disponível dos bens – Recurso não provido” (TJMG – AC 1.0569.12.002303-5/001, 15-4-2015, Relª Heloisa Combat).

“**Sucessões** – Anulatória e declaratória de nulidade de testamento – Pacto sucessório firmado em país estrangeiro (Suíça) reconhecido como válido no Brasil. Alteração do regime de bens no casal levada a efeito posteriormente, que, pelo Direito Suíço, aplicável à espécie segundo a regra do *tempus regit actum*, não implicou em revogação tácita do pacto sucessório. Falecimento do cônjuge varão e alteração do rol dos herdeiros, por testamento lavrado no Brasil, pela cônjuge virago supérstite. Testamento que viola o pacto sucessório, já que possível era à cônjuge supérstite tão só a alteração de seus próprios herdeiros legais, sendo vedada qualquer alteração dos herdeiros de seu finado marido. Nulidade parcial dos testamentos e codicilos lavrados no que toca a 3/4 (três quartos) dos bens integrantes do montemor, que deve ser conferido aos parentes consanguíneos de Ernesto Júlio Wolf segundo disposições do pacto sucessório. Dá-se provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor e nega-se provimento ao recurso adesivo interposto pelos réus” (TJSP – Ap 994.09.039016-0, 18-4-2012, Relª Christine Santini).

“**Apelação cível** – Ação ordinária de anulação de doação – Doações inoficiosas – Primeira doação – Prescrição – Cerceamento do direito de defesa – Configuração – 1 – A prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa, de acordo com o art. 177 do Código Civil de 1916, é de vinte anos e se inicia na data da prática do ato de alienação. Assim, resta prescrita a possibilidade de anulação da primeira doação, ocorrida em 22-12-1962. 2 – Resta configurado o cerceamento de defesa dos apelantes quando o magistrado julga antecipadamente a lide sem oportunizar a produção de provas devidamente requeridas, bem como a apresentação de memoriais, quando não realizada prova em audiência. 3 – As partes têm direito de produzir provas que entenderem necessárias para comprovar suas alegações, em consonância com os princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório. Apelo conhecido e provido. Prescrição da primeira doação reconhecida. Sentença cassada quanto à segunda doação” (TJGO – AC 200901049152, 6-10-2010 – Rel. Carlos Alberto Franca).

5 “Doação inoficiosa – **Adiantamento da legítima** – Inobservância do quinhão de herdeiros necessários – ‘Negócio jurídico. Doação inoficiosa. Adiantamento da legítima. Inobservância do quinhão de herdeiros necessários. Sentença que declara a nulidade do negócio, na parte em que excedeu a legítima. Inconformismo afastado. Deve ser prestigiada a sentença que reconheceu a nulidade da doação quanto à parte que excede a que o doador poderia dispor por testamento ou ato inter vivos, feita pelo de cujus à ex-cônjuge, em detrimento dos filhos, diante de sua natureza inoficiosa (549, do CC). Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Resultado: apelação desprovida’.” (TJSP – Ap 0035998-64.2011.8.26.0577, 4-8-2016, Rel. Alexandre Coelho). Inventário – **Bens doados** – Exclusão da colação – “Agravado de instrumento. Inventário. Bens doados. Exclusão da colação. Ausência de prova de doação inoficiosa. Possibilidade de ação autônoma para nulidade e posterior sobrepartilha. Recurso conhecido e improvido. 1. O art. 2.006 do Código Civil dispensa da colação o bem doado, se assim se fizer constar o doador. 2. Se o doador agiu com excesso a doação é nula no que exceder e nesta proporção está sujeita à redução para compor o espólio (arts. 549 e 2.007 do Código Civil). 3. No caso sob análise, não há prova de doação inoficiosa, pois não demonstrado o valor do patrimônio no momento das doações, de modo que deve ser mantida a decisão agravada, que excluiu das últimas declarações os bens doados. 4. Nada obsta que os interessados ajuízem ação autônoma para obter declaração de nulidade das doações e o excesso venha a ser objeto de eventual sobrepartilha. 5. Por ora, portanto, ante a ausência de prova da nulidade das doações, deve prosseguir o inventário com a exclusão dos bens doados” (TJMS – AI 1415054-26.2014.8.12.0000, 19-2-2015, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel).

“Embargos de declaração no recurso especial. Civil e processual civil. **Doação inoficiosa feita por ascendente a descendentes.** Ação anulatória. Prescrição. Termo inicial. Registro das doações. Vícios do art. 535 do CPC. Inexistência. Prequestionamento para interposição de recurso extraordinário. Não cabimento. Precedente. 1. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos aclaratórios, afigura-se patente o intuito infringente da presente irresignação, que objetiva não suprimir a omissão, afastar a obscuridade ou eliminar a contradição, mas sim reformar o julgado por via inadequada, reiterando as razões do recurso anterior. 2. ‘Impõe-se a rejeição de embargos declaratórios que têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto’ (EDcl nos EREsp nº 579.833/ BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJ 4-12-2006). 3. Embargos de declaração rejeitados” (STJ – EDcl-REsp 1.049.078 – (2008/0083016-6), 14-5-2013, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

“Apelação cível – Ação anulatória de partilha em divórcio – **Alegação de doação inoficiosa prejudicial a herdeiro necessário** (art. 549 do CCB) – Preliminar de conhecimento de agravos rejeitada – Afastamento da súplica de nulidade da sentença por cerceamento de defesa – Mérito – Configuração de conluio para burlar os direitos sucessórios de filho – Sentença de nulidade mantida – Preservação da condenação às penas por litigância de má-fé – Inteligência das particularidades fáticas do processo – Recurso desprovido – Tratando-se de processo envolvendo réus patrocinados autonomamente por advogados diversos, a requerida – Ora apelante, é desprovida de legitimidade para postular o conhecimento do agravo retido interposto unicamente pelo demandado, defendendo a concessão individual e incomunicável de justiça gratuita. Incabível a utilização do princípio da fungibilidade recursal para o conhecimento de agravo de

instrumento incorretamente interposto em primeiro grau, como se fosse agravo retido. Se os juízes atuantes no feito facultam aos demandados todas as defesas possíveis, não há falar em nulidade da sentença em virtude de cerceamento probatório. Segundo o art. 549 do CCB é nula a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Comprovado o ajuste entre o pai do prejudicado e terceira pessoa, visando burlar a regra, deve ser reputado nulo o ato jurídico permeado pela mácula, no caso a partilha inoficiosa de bens em sede de divórcio consensual. Evidenciado o conluio de procrastinação existente entre os réus, não há falar em supressão das penas por litigância de má-fé, arbitradas razoavelmente em 1% sobre o valor da causa” (TJMS – Acórdão 2011.018735-1/0000-00, 2-8-2012, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence).

“**Apelação cível** – Ação declaratória de nulidade de doação. Pretensão de anular doação realizada por ascendente a descendente. Doador vivo. Condição de herdeiro capaz de discutir eventual doação inoficiosa oriunda apenas com a morte do autor da herança. Impossibilidade de discussão da legítima antes da abertura da sucessão. Carência de ação configurada. Extinção do processo sem resolução do mérito. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJPR – AC 0757177-3, 12-4-2011 – Rel. Des. Clayton Camargo).

**NULIDADES DO TESTAMENTO.
REVOGAÇÃO E CADUCIDADE**

20.1 NULIDADES EM MATÉRIA DE TESTAMENTO



10.2.1 Revogação pela Abertura ou Dilaceração do Testamento Cerrado

10.2.2 Revogação Presumida (Ruptura do Testamento)

20.3 CADUCIDADE DOS TESTAMENTOS



TESTAMENTEIRO

Normalmente, deve ser atribuído aos herdeiros ou ao cônjuge meeiro o encargo de cumprir as disposições testamentárias. No entanto, o testador pode entender ser esse encargo muito pesado aos herdeiros ou ao cônjuge, ou então não depositar neles sua total confiança, acometendo o cumprimento do testamento a uma pessoa especialmente designada para tal, o testamenteiro (o qual, aliás, pode ser um dos herdeiros, o cônjuge, ou um dos legatários). Ainda, se o testamenteiro for pessoa estranha à herança, terá ele maior isenção e maior liberdade de executar a última vontade que lhe foi confiada, já que muitos interesses e muitas paixões entrecrocavam-se no curso do inventário e da partilha.

O testamenteiro é, na verdade, um executor do testamento. Ao conjunto de funções que lhe são atribuídas pela lei e pelo testador dá-se o nome de testamentaria. A origem do instituto já é controversa. Não nos dão conta de sua existência as fontes romanas. Havia em Roma o *familiaeemptor*, pessoa a quem eram confiados os bens de alguém na iminência da morte, pela *mancipatio*, mas só com a finalidade de transmiti-los a terceiros, se ocorresse o falecimento. Outro instituto que indiretamente servia para transmitir a herança a terceiros era a *fiducia*, já vista quando do estudo do fideicomisso.

É costume, no entanto, localizar na Idade Média a origem da testamentaria, como decorrência do Cristianismo. O encargo não teria sido conhecido dos romanos. Há notícia do surgimento do executor testamentário desde o século XII na Alemanha, tendo sido acolhido no velho Código prussiano e passado para todos os Códigos modernos (Fassi, 1970, v. 2:225). Orosimbo Nonato (1957, v. 3:283) conclui que surge o instituto em decorrência de seu desenvolvimento no direito costumeiro e no Direito Canônico, neste último para defesa e maior segurança dos legados pios. A maior utilidade da testamentaria surge quando existem interesses antagônicos na herança, tornando-se importante uma vontade isenta para defender a vontade do testador.

Muito se digladiam os juristas para fixar sua natureza jurídica. Para alguns, haveria um *mandato post mortem* outorgado pelo testador. O autor da herança conferiria um mandato ao testamenteiro para que ele cumprisse sua vontade expressa, no ato de última vontade. Admitindo-se essa hipótese, que tem certo fundamento, temos que ver, porém, que a situação não se adapta ao mandato como contrato, por nós conhecido, já porque só se inicia a atividade do mandatário após a morte do mandante. A se acolher a tese de que a testamentaria é um mandato, forçosamente devemos concluir que se trata de um *mandato causa mortis*, sem relacioná-lo com o mandato tradicional.

Para outros, haveria no testamenteiro uma *representação*, sem mandato. Mais difícil admitir-se aqui essa explicação, porque não existe qualquer forma de representação legal do morto no exercício da testamentaria. O que poderia justificar essa tese é que o testamenteiro exerce uma representação do espólio, que é uma entidade com personificação anômala, com representação processual, mas, entre nós, tal não ocorre porque a lei a defere ao inventariante (art. 75, VII, do CPC). Se, por analogia, aplicam-se à testamentaria alguns dos princípios do mandato e da representação, tal não converte nesses institutos.

Sustenta-se também que a testamentaria é um encargo imposto pelo testador. Porém o fato de dizer que a testamentaria é um encargo, como tantos outros encargos que se encontram no processo, com ligação com o direito material (síndico na falência, curador de herança jacente, curador ao vínculo etc.), não dá ideia exata do conjunto de atribuições do testamenteiro. Aproxima-se também a testamentaria da tutela, por proteger interesses de terceiros. Dizer também que uma figura jurídica é *sui generis* é fugir do problema, por não encontrar uma compreensão melhor do tema.

Trata-se, a nosso ver, em primeiro lugar, de instituto típico do direito sucessório. No direito sucessório, surge o testamenteiro no âmbito da sucessão testamentária. E nessa forma específica de sucessão, o testamenteiro é um *executor do testamento*, nomeado pelo testador ou pelo juiz, que exerce um ofício exclusivamente ligado ao testamento. Cumpre-lhe, também, defender a validade do testamento e a execução das disposições testamentárias. Não temos, portanto, que ligar a testamentaria a nenhum outro instituto. O testamenteiro é o defensor da última vontade do testador.

Como bem afirma Carlos Maximiliano (1952, v. 3:207), a testamentaria é uma função de amigo, na maioria das vezes; não é um encargo público, como tutela, por exemplo. O testamenteiro não está obrigado a aceitar a função. Aceita-a, não sendo dativo, em homenagem à confiança que lhe foi depositada pelo morto e quiçá tendo em vista também a remuneração. Se dativo, pela confiança depositada pelo juízo. Se não se sentir à vontade em pugnar pelo testamento, não deve o indicado aceitar a função. Uma vez investido na função, porém, não pode o testamenteiro afastar-se sem justificação. Isso porque a função é remunerada e sua retirada pode ocasionar prejuízo a terceiros. Quem cuidou de interesses de terceiros deve prestar contas. O caso concreto determinará a possibilidade de renúncia à função após aceita e suas consequências.

Destarte, a função de testamenteiro é voluntária, porque o nomeado não está obrigado a aceitá-la, como estão os tutores e curadores. É personalíssima, privativa da pessoa natural, sendo indelegável, embora possa o testamenteiro nomear mandatários e deva constituir procurador com capacidade postulatória para os atos em juízo, se não for advogado regularmente inscrito na OAB (art. 1.985). É atividade onerosa porque terá o testamenteiro direito à remuneração (vintena), como regra geral. É função específica do direito testamentário. A figura somente existe em função do testamento.

Se os próprios herdeiros podem cumprir as disposições testamentárias, a questão que se coloca é sabermos se, em havendo testamento, há sempre necessidade da existência de um testamenteiro. Em

princípio, verificamos que a nomeação de testamenteiro é faculdade do testador. Pelo art. 1.976, ele *pode* nomear um ou mais testamenteiros. Portanto, não é essencial a nomeação do testamenteiro. Esse deveria ser o sentido lógico do tema. O testador, que tem tanta liberdade nas disposições do testamento, é o melhor julgador para saber se haverá ou não necessidade de um executor de sua última vontade. Da leitura do art. 1.984, porém, e tendo em vista as atribuições que nossa lei dá a pessoa do testamenteiro, verificamos que “*na falta de testamenteiro nomeado pelo testador, a execução testamentária compete a um dos cônjuges, e, em falta deles, ao herdeiro nomeado pelo juiz*”. Portanto, daí vemos que sempre haverá testamenteiro se houver testamento, porque assim desejou nossa lei. Nada impediria que a lei determinasse ao inventariante as funções da testamentaria, na ausência de nomeação pelo testador. Se contra a nomeação de inventariante podem-se insurgir os eventuais interessados, assim também o fariam (e têm o direito de fazê-lo na lei vigente), se tiverem motivos, no tocante à nomeação de testamenteiro.

Ainda que o testamenteiro tenha sido nomeado pelo falecido, ele poderá não ter idoneidade para a função ou ter interesse antagônico à herança, situações que podem não guindá-lo ao encargo ou podem destituí-lo, no curso de sua atividade. Não tendo elementos para decidir no curso do inventário, a questão da nomeação ou destituição do testamenteiro é levada às vias ordinárias. É de suma inconveniência que assim seja, pois certamente retardará o curso do inventário.

O testamenteiro é primordialmente escolhido pelo testador. Em sua falta é que o juiz nomeará alguém de sua confiança, ou seja, o testamenteiro dativo propriamente dito.

A nomeação poderá recair em mais de uma pessoa. De acordo com o art. 1.976, o testador poderá nomear um ou mais testamenteiros, para agir em conjunto ou separadamente. Na ordem do art. 1.984, não se encontram os legatários. Poderá um legatário, contudo, e até um estranho, como explanado, ser nomeado para o cargo. No entanto, as respectivas incompatibilidades devem ser examinadas no caso concreto pelo juiz.

O CPC prevê que o testamenteiro seja intimado e preste o compromisso de testamentaria no procedimento de abertura, registro e cumprimento do testamento. O art. 735, § 3º do estatuto processual diz que, após o registro do testamento cerrado, o testamenteiro nomeado será intimado para assinar o termo da testamentaria em cinco dias. Se não houver testamenteiro nomeado pelo testador, estiver ele ausente ou não aceitar o encargo, o juiz nomeará o testamenteiro dativo, “*observando-se a preferência legal*” (§ 4º). A ausência de que fala a lei processual não é a de direito material. Trata-se de ausência no processo. Devem ser esgotados, porém, todos os meios disponíveis para localização do testamenteiro. Não basta a simples ausência na comarca. Não se deve aguardar, no entanto, ausência declarada por sentença. A intimação por edital é mais uma tentativa (e está na lei) de localização do testamenteiro. Por outro lado, é inconveniente que após o registro do testamento decorra período longo sem existência de seu executor. O cumprimento do testamento público também segue o procedimento dos arts. 735 e ss. do CPC. Todavia, quanto à intimação do testamenteiro, o art. 736, que cuida do testamento público, silencia,

refere-se ao artigo anterior, também é aplicável como decorrência dos dispositivos anteriores. Nada impede, porém, que o testamenteiro seja nomeado no curso do inventário, quando se tratar de testamento público.

Quanto ao testamento particular, não sendo o próprio testamenteiro quem o apresenta para publicação, deve ele ser intimado para a audiência de confirmação. Àquela altura, já deverá ter assinado o termo, na forma do art. 735, § 3º, uma vez que a intimação do executor do testamento é essencial. Se o testamenteiro não tiver capacidade postulatória, deve constituir advogado para atuar em juízo. Para os atos de processo subsequentes, o testamenteiro será intimado na pessoa de seu patrono.

Não há uma regra geral sobre incapacidade para exercer o encargo de testamenteiro. A regra geral é a capacidade. Eventual incapacidade, ou simples incompatibilidade para exercer o *munus*, deve ser apreciada no caso concreto e no momento do início do exercício. É esse o momento em que se afere sua capacidade. Nada tem a ver a capacidade para receber por testamento com a capacidade para ser testamenteiro. Os arts. 1.799 e 1.801 não se aplicam a ele, embora seja inconveniente que a nomeação recaia sobre uma dessas pessoas impedidas (Pereira, 1984, v. 6:220). Por essa razão é que há opiniões em contrário (Wald, 1988:175). Ocorre que se o testamenteiro tiver algum interesse no testamento, tal deve ser aferido no caso concreto para impedir sua investidura. Interesses contrários ao encargo, como, por exemplo, dívidas contra o espólio, são incompatíveis com a investidura. O mesmo digamos de quem não tem idoneidade moral, o que impediria a administração de qualquer patrimônio alheio, como, por exemplo, ter praticado crimes que tornam suspeita sua conduta perante a sociedade, como estelionato e apropriação indébita. O encargo é pessoal. Cabe tão só à pessoa natural. A atividade é incompatível com a pessoa jurídica. Não pode o testador atribuir a terceiro a tarefa de nomear testamenteiro. Seria inserir uma vontade estranha ao testamento, que é ato de vontade personalíssimo (Nonato, 1957, v. 3:310).

Os testamenteiros podem ser nomeados em ordem sucessiva, para serem substitutos, no caso de não aceitação ou impossibilidade do primeiro nomeado. A regra de substituição é permitida ao testador também nas deixas testamentárias, como visto. Se o testador não se referir expressamente à atuação conjunta dos testamenteiros plurais (art. 1.976), entende-se que os nomeou sucessivamente, porque não se presume a solidariedade.

Logo, o testamenteiro será *instituído*, se nomeado pelo testador; *dativo*, se nomeado pelo juiz. Como enfatizamos, o dativo pode ser alguém ligado à herança, ou um estranho, quando isso não for possível. Se o testamenteiro tiver a posse dos bens da herança, será denominado *universal*; se não a possuir, será *particular*.

Dispõe o art. 1.977:

“O testador pode conceder ao testamenteiro a posse e administração da herança, ou de parte dela, não havendo cônjuge ou herdeiros necessários.”

Vimos que ao herdeiro cabe não só a propriedade, como também a posse da herança, desde a abertura da sucessão. O inventariante, mormente quando cônjuge, deterá, em geral, a posse direta dos bens hereditários. Desse modo, o testamenteiro só poderá ter a posse dos bens na falta de cônjuge e de herdeiros forçosos. Não pode ser derogada essa disposição pela vontade testamentária. O testamenteiro, porém, mesmo na falta das pessoas mencionadas no art. 1.977, só terá a posse e administração da herança se assim tiver disposto o testador.¹

A posse do inventariante será sempre qualitativamente diversa da posse do testamenteiro, valendo a distinção de posse direta e indireta. A posse é uma forma de proteger os bens hereditários. De acordo, porém, com o parágrafo único do art. 1.977:

“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.”

O testamenteiro pode vir a ter posse de algum ou alguns bens da herança para cumprir seu mister. Se os herdeiros se recusarem ou se omitirem nos atos que facilitem a tarefa do testamenteiro, cumpre que este peça providências ao juiz. Os herdeiros se utilizarão da faculdade de pedir partilha imediata dos bens, na forma desse parágrafo único, quando entenderem inconveniente a posse da herança em mãos do testamenteiro. Tendo o testamenteiro a posse e administração dos bens hereditários, é sua obrigação requerer a abertura do inventário e cumprir o testamento (art. 1.978).

Numa hipótese, o testamenteiro terá necessariamente posse dos bens da herança: quando o testador tiver distribuído toda a herança em legados (art. 1.990). Exercerá o testamenteiro, nesse caso, também a função de inventariante. Se existem legatários, a posse não passa diretamente a eles, como vimos, porque não são continuadores da posse do morto. Na verdade, existindo cônjuge ou herdeiro necessário, a um ou outro, em princípio, caberá a inventariança, ainda que toda a herança tenha sido disposta em legados (Leite, 2003:709).

A função básica do testamenteiro é fazer cumprir o testamento: executá-lo (art. 1.978). Deve cumprir as disposições testamentárias no prazo marcado pelo testador, dando contas do que recebeu, persistindo sua responsabilidade enquanto durar a execução do mister (art. 1.980), aplicam-se às presentes disposições o art. 1.135 do CPC/1973. No CPC/2015, corresponde ao mesmo o art. 735, § 5.º. Será ineficaz disposição testamentária que desobrigue o testamenteiro de prestar contas. Todo aquele que gere patrimônio alheio deve fazê-lo.

O prazo para ultimar o inventário e a partilha é de doze meses, após o início do inventário (art. 611 do CPC). Na falta de norma específica no estatuto processual atual, o prazo é o geral para o término do inventário (Wald, 1988:177). Sem grande importância o dispositivo, porque raramente, quando se trata de herança complexa e juízo ou comarca com grande movimento, se terminará nesse prazo. O juiz poderá

sempre dilatar o prazo. Na prática, deve o juiz mostrar-se flexível nos prazos, apenas coibindo os abusos.

É fato que a inércia ou ineficiência do testamenteiro pode dar azo a sua remoção. Como toda pessoa que cuida de interesses alheios, tem o testamenteiro o dever de prestar contas. É ineficaz a disposição do testador que o dispensa de prestá-las, uma vez que toda pessoa que administra patrimônio alheio deve fazê-lo. Deve fazer no juízo do inventário, no prazo de 180 dias, contados da aceitação da testamentaria (art. 1.983). Se sua atuação não estiver terminada, a prestação de contas será parcial. Terminada a testamentaria, incumbe prestar as contas finais de encerramento. Conveniente, dependendo da complexidade da herança, que também se faça um relatório da atividade do testamenteiro. Motivos imperiosos e graves podem aconselhar que este preste contas antes dos momentos oportunos. Cabe o exame do caso concreto. A prestação de contas deve ser autuada em apartado ao inventário. Na recusa em prestá-las, qualquer interessado pode propor a ação própria, de procedimento especial, então com contenciosidade. Nessa demonstração contábil, ele deve apresentar as despesas que teve com a administração, contratação de advogados e outros mandatários no interesse e na defesa do testamento. Não devem essas despesas sair de sua vintena, a não ser que se demonstre que agiu com desídia, incúria ou abuso de direito.

Deve o testamenteiro ter meios para defender o testamento e não pode ser obrigado a adiantá-los. O princípio deve ser mantido sob o Código de 2002. Só se glosarão despesas indevidamente feitas que não se achem justificadas e provadas quando então estará autorizada sua remoção, perdendo ele sua vintena. A regra é óbvia, mas o rigor da pena de perda da vintena dependerá do caso concreto. O testamenteiro tem o dever de levar o testamento a registro, se o tiver em seu poder, ou declinar ao juízo quem o detém, para que seja o instrumento devidamente registrado (art. 1.979).

O art. 1.137 do CPC de 2015 dava como obrigações do testamenteiro:

“I – cumprir as obrigações do testamento;

II – propugnar a validade do testamento;

III – defender a posse dos bens da herança;

IV – requerer ao juiz que lhe conceda os meios necessários para cumprir as disposições testamentárias.”

Essas disposições devem servir de norte, mesmo com o atual estatuto que não as repete, porque ínsitas ao direito material. Não são só essas. Não cumprindo suas obrigações, o testamenteiro poderá ser removido, perdendo o direito à remuneração (art. 1.989 do Código Civil).

No exame do cumprimento das obrigações do testamento, deve ser levado em conta o possível. Não está o testamenteiro obrigado a executar o que a lei proíbe, ou o que se tornou material ou juridicamente impossível. O testamenteiro pode pedir ao juiz a alienação de bens perecíveis, ou de difícil conservação. Não pode, porém, nada alienar sem autorização judicial. Sobre o pedido, salvo o caráter de extrema urgência, devem-se manifestar os interessados.

Questão tormentosa é saber se o testamenteiro deve *sistematicamente* bater-se pela validade do testamento. Esse dever está expresso no art. 1.981. Mesmo que o testamento seja flagrantemente nulo, terá ele esse dever? Acreditamos que ele não possa tentar fazer do branco, negro. Em um testamento, por exemplo, em que um cego tenha testado sob a forma particular, seria uma contradição exigir do testamenteiro a defesa do ato. No entanto, a regra geral, sem deixar de lado o bom senso, está com a maioria da doutrina: deve o testamenteiro defender sempre a validade do ato. Se não se sentir à vontade para fazê-lo, deve pedir sua substituição. Assim se posicionam nossos doutrinadores. Contudo, o testamenteiro não pode pedir a anulação do testamento. Para isso, não tem legitimidade, pois estaria traindo a confiança depositada pelo testador. Como bem assevera Barros Monteiro (1977, v. 6:263), se o testamento

“contém disposições que possam chocar o testamenteiro, despertando-lhe escrúpulos ou criando-lhe problemas de consciência, cabe-lhe desistir do cargo e não trair a confiança nele depositada pelo testador, ou pela autoridade judiciária que o tenha investido nas mencionadas funções”.

Em qualquer ação em que se litigue sobre a validade do testamento ou de cláusula testamentária, deve participar o testamenteiro. Deve propor as ações que se fizerem necessárias para o cumprimento das disposições. Isso ele fará com ou sem o concurso do inventariante, ou dos herdeiros instituídos (art. 1.981). Deve ter ciência em todos os processos nos quais não for autor ou réu, sob pena de nulidade, quando em jogo qualquer cláusula do testamento. Em cada testamento, deve ser verificado o que o testador, além das normas gerais de execução, atribuiu ao testamenteiro, dentro do que a lei permite (art. 1.982). Nessas premissas, o testamenteiro poderá figurar como autor ou réu, assistente ou oponente, intervindo, quando necessário for, em qualquer causa em que se discuta o testamento, tanto em primeira, como em segunda instância.

Quanto à posse, o testamenteiro poderá lançar mão dos interditos se a tiver. Caso contrário, deverá alertar os interessados para fazê-lo. Deve o testamenteiro contar com os meios necessários para exercer o cargo. Assim, pode pedir ao juiz que lhe conceda verba, oriunda da herança, periódica ou não, para fazer frente às despesas inerentes a sua atividade. Poderá, também, pedir ao juiz que determine aos herdeiros que o façam. Se houver recusa dos herdeiros no fornecimento de meios e informações para o cumprimento de seu mister, deve-se valer dos meios judiciais necessários.

Orosimbo Nonato (1957, v. 3:344), com base na doutrina em geral, sumariza os principais deveres do testamenteiro:

- reclamar dos herdeiros os meios materiais para cumprir as disposições;
- entregar os legados aos titulares;
- defender espólio em abusos e conservação de direitos;
- inscrever e especializar a hipoteca legal da mulher casada, do menor e do interdito herdeiros (art. 1.136 do CPC, não mais presente no CPC de 2015);
- pedir a nomeação de curador de herança vaga ou jacente;

- interromper prescrição das ações que se fizerem necessárias, ou alertar os herdeiros para fazê-lo;
- exigir caução ao legatário de usufruto;
- cuidar dos funerais do testador e dos ofícios fúnebres;
- sustentar a validade do testamento, fazendo-o registrar, caso o tenha em seu poder;
- promover e zelar pelo fiel cumprimento das disposições testamentárias;
- fornecer aos herdeiros e ao juízo informações e elementos úteis para o andamento do inventário e da partilha.

Acrescentemos ainda aos deveres anteriormente assinalados que compete ao testamenteiro auxiliar o juiz no que estiver a seu alcance, no tocante à discussão acerca da interpretação da vontade testamentária. Não se esqueça, também, de que o testador pode ter ampliado ou restringido a atividade do testamenteiro. O testamenteiro pode vir a ser responsabilizado nos termos da responsabilidade de direito comum, por perdas e danos, por prejuízo a que der causa, a herdeiros e legatários, ou a terceiros. Se não houvesse disposição especial, as ações contra o testamenteiro prescreviam em 20 anos, no sistema de 1916, a partir de quando cessava a testamentaria ou de quando deveria ela ter cessado. Pelo Código de 2002, a caducidade se dá no prazo máximo de 10 anos.

O art. 1.986 trata da situação dos testamenteiros simultâneos. Diz que cada um deles pode exercer o cargo, mas ficam todos obrigados a prestar contas, de forma solidária, *“salvo se cada um tiver, pelo testamento, funções distintas, e a elas se limitar”*.

O testador pode ter dividido as tarefas entre os vários testamenteiros. Pode, por exemplo, ter atribuído a um a administração geral dos bens da herança e a outro, por ser advogado, a litigância nas ações em que isto se fizer necessário. Se divididas as atividades e cada um tiver se mantido dentro do limite de suas atribuições, cada um prestará contas apenas do que tiver feito. Se não existir distinção de tarefas, ou mesmo existindo, tiverem os testamenteiros agido em conjunto, existe solidariedade em sua responsabilidade de prestar contas. Por essa razão, dissemos a princípio que o testador deve ser expresso na possibilidade de os testamenteiros agirem em conjunto. Na falta de disposição expressa, temos que entender que a nomeação de mais de um testamenteiro foi sucessiva, com a finalidade de substituição. Se, no entanto, mais de um assumir o cargo, a solução é a do art. 1.986. A solidariedade nesse caso é uma garantia maior para os herdeiros.

O art. 1.987 dispõe acerca da remuneração:²

“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.

Parágrafo único. O prêmio arbitrado será pago à conta da parte disponível, quando houver herdeiro necessário.”

Se herdeiro ou legatário, o testamenteiro não faz jus ao prêmio. O testador poderá fixar remuneração mesmo nessa hipótese, se assim desejar.

Se o testamenteiro entender que o encargo lhe é gravoso, poderá recusar a função. Não poderá, no entanto, aceitar o encargo sob o prisma da gratuidade e depois exigir remuneração. Essa atitude revela má-fé.

Se legatário, poderá preferir o prêmio ao legado (art. 1.988). Sílvio Rodrigues (1978, v. 7:262) entende que, se decorrer da expressa vontade testamentária, nada impede que o herdeiro instituído receba também o prêmio. Completa, afirmando que a grande maioria da doutrina entende que o herdeiro *legítimo* não está abrangido pela dicção do art. 1.987. O herdeiro legítimo desempenha um ônus, gerindo patrimônio que não lhe pertence, e a gratuidade é exceção para o exercício da testamentaria.

O prêmio não excederá a 5% da herança líquida, não se computando a legítima (art. 1.987). Vintena é o nome tradicional dado a esse prêmio ou remuneração paga ao testamenteiro. Os valores da herança devem ser atualizados quando do pagamento, sob pena de se tornar irrisória a vintena.³

O Código ressalva uma hipótese em que o testamenteiro pode preferir não receber a vintena (art. 1.988): quando for ele legatário, deve escolher entre receber o legado ou a vintena.⁴

Com o vigente Código, deve preponderar sua regra. A remuneração será a fixada pelo testador, devidamente atualizada. Na falta de disposição do testamento é que será fixada pelo juiz. Se a remuneração fixada pelo testador for excessiva, tendo em vista as forças da herança, chegando a prejudicar os herdeiros ou legatários, é conveniente que seja reduzida ao limite legal, o que, em tese, não violenta a vontade do testador. O testamenteiro que for meeiro fará, em princípio, jus à vintena, que deve ser paga em dinheiro, salvo acordo em contrário, ainda que haja necessidade de alienação de bens da herança. A vintena não está sujeita a imposto *causa mortis*. O testamenteiro deve pagar, como em qualquer situação de ganhos, imposto de renda.

Quando há herdeiros necessários, a atividade do testamenteiro resume-se à parte disponível; por isso, não se calcula o prêmio sobre a legítima. Se não restar ativo na herança e tiver havido atividade do testamenteiro, mesmo assim, se houver forças na herança, terá o testamenteiro direito ao prêmio, suportando os credores do espólio, proporcionalmente, essa diminuição (Gomes, 1981:264).

Para que seja computada a vintena, deduzem-se as dívidas da herança e as despesas de enterro e funeral. É sobre o líquido que se calcula o prêmio (Miranda, 1973, v. 60:147). A remoção do testamenteiro é penalidade e como consequência perde ele direito ao prêmio, revertendo seu valor à herança (art. 1.989). Do mesmo modo, quem paga o testamenteiro é a herança, uma vez que o prêmio é ônus que pesa sobre o monte. É válida a vontade testamentária, se dispõe que a testamentaria será gratuita. Se o testamenteiro assume o cargo sabendo dessa condição, não poderá reclamar o prêmio. Se

não aceitar o testamenteiro assim nomeado, o testamenteiro dativo fará jus ao prêmio, porque a vontade testamentária não foi dirigida a ele e é contrária à lei. Ao fixar o prêmio, o juiz deve usar do critério necessário para evitar abusos, sopesando cuidadosamente o montante da herança gerida e o trabalho exigido e elaborado pelo testamenteiro. Justamente para que se coíbam abusos, se o testamenteiro contrata procurador, seu contrato de honorários deve ser previamente submetido à apreciação do juiz e dos interessados.

Não perde a remuneração o testamenteiro que deixa de exercer o encargo não por remoção, mas por causa estranha a sua vontade, ao intuito punitivo da remoção, como, por exemplo, a morte (o direito à vintena é dos herdeiros), ou falta de condições de saúde para continuar exercendo o *munus*. O prêmio, evidentemente, será parcial e proporcional à atividade desempenhada.

A forma normal de extinção da testamentaria é a execução completa do testamento, com partilha, cumprimento de todas as disposições testamentárias, término de todas as ações a favor e contra o testamento e prestação de contas a final. Nem sempre coincide a extinção da testamentaria com o término do exercício do cargo de testamenteiro. Cessa também a testamentaria se o testamenteiro torna-se incapaz, para os negócios jurídicos em geral, como, por exemplo, por falta de discernimento.

Se o testamenteiro torna-se falido, a melhor solução é substituí-lo do cargo, pois há de se presumir que o testador não o desejaria se não tem ele condições de gerir seus próprios negócios. Pontes de Miranda (1973, v. 60:183) vê aí uma aplicação da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*. Existe aí uma tácita quebra da confiança depositada pelo testador. O mesmo podemos dizer quando há palpáveis condições objetivas e subjetivas de inconveniência na pessoa do testamenteiro, ignoradas pelo testador como condenação por crimes contra o patrimônio, por exemplo. Com sua morte, extingue-se a testamentaria. Tratando-se de cargo pessoal, não é transmissível aos herdeiros. Estes têm direito a receber o prêmio pelos serviços prestados até a morte do testamenteiro. Nessa hipótese, substitui-se o executor do testamento por aquele designado pelo testador ou por outro de natureza dativa.

Cessa também a testamentaria pela *remoção* do cargo quando se mostrar desidioso ou inidôneo. Remoção é pena. O testamenteiro perde direito à vintena (art. 1.989).

Sempre há que se conceder direito de defesa ao testamenteiro. Situações haverá, contudo, em que a suspensão imediata do cargo se faz necessária, dependendo da gravidade da situação enfrentada. Pode o juiz usar do poder geral de cautela conferido pelo CPC. Se infundada a remoção, sujeitar-se-ão os interessados que lhe deram causa a uma indenização. Sempre que há gestão de interesses alheios, não há necessidade de que a lei o diga, mas a má gestão autoriza a remoção. Isto se apurará no caso concreto. O pedido de remoção processa-se no juízo do inventário, em apartado. Se não há lide, tratando-se de decisão sumária, fica aberto às partes o recurso às vias ordinárias. A remoção pode ocorrer de ofício ou por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer interessado. Pode cessar também a testamentaria com pedido de exoneração do próprio testamenteiro. Só que para a demissão do encargo, ao contrário da

aceitação, como vimos, deve haver uma justificativa; deve o testamenteiro alegar uma “*causa legítima*” para a escusa, em virtude das implicações atinentes à gestão de interesses alheios.

A decretação de nulidade ou a anulação do testamento pode vir a ocorrer após já ter havido atividade do testamenteiro. Nulo o testamento, não há, *ex radice*, testamenteiro. Injusto, porém, que o trabalho do testamenteiro até aí não seja remunerado, ainda que modicamente (Borda, 1987, v. 2:559). Pode o testamenteiro ter galhardamente defendido o testamento, como era seu dever. O mesmo podemos dizer se, após seu trabalho, descobre-se que o testamento fora revogado. A questão é de princípio geral de direito e não havemos de procurar sustentação na lei sucessória, visto que aí nada encontraremos a esse respeito.

¹ “Agravado de instrumento – Inventário – **Exercício da testamentaria** – Prêmio – Herdeiro necessário – Admissibilidade – Percentual Arbitrado – Decisão Mantida – Recurso não provido – 1 – Decisão que, nos autos do inventário dos bens deixados por Filomena Matarazzo Suplicy, deferiu o pedido formulado pelo testamenteiro e arbitrou em seu favor prêmio de 5% sobre a herança líquida, no patamar máximo, pelo exercício cumulativo da inventariança. 2 – Herdeiro necessário tem direito ao prêmio para administrar e fiscalizar o cumprimento do testamento. Exegese do art. 1.987 do CC, conforme o posicionamento doutrinário prevalecente. 3 – Redução do percentual arbitrado. Ausência de elementos de prova a amparar o pedido e a infirmar a análise realizada pelo Magistrado de origem quanto ao trabalho despendido pelo testamenteiro. Decisão mantida. 4 – Agravado de instrumento não provido” (TJSP – AI 2263522-61.2015.8.26.0000, 30-6-2016, Rel. Alexandre Lazzarini).

“**Agravado de instrumento** – Ação de nulidade e anulação de testamento – Desnecessidade, na espécie, da presença do espólio no polo passivo da demanda. Ação que deve ser promovida contra o herdeiro supostamente favorecido pela disposição e contra os testamenteiros que, por força do disposto no art. 1.981 do Código Civil, compete a defesa da validade do testamento. Presença, ademais, dos herdeiros na demanda, tornando absolutamente inócua a presença do espólio na ação. Precedente. Decisão que atribuiu a um dos herdeiros a representação do espólio reformada. Agravado provido” (TJSP – AI 2064709-88.2015.8.26.0000, 21-9-2015, Rel. Donegá Morandini).

“**Agravado de instrumento** – Anulação de testamento – Acordo entabulado entre testamenteira e herdeiro, para alteração de cláusula testamentária, não homologado pelo Juízo *a quo*. Incompatibilidade da função de testamenteira com a alteração de disposição do testador. Decisão mantida. Agravado desprovido” (TJSP – AI 2050594-96.2014.8.26.0000, 1-8-2014, Rel. Claudio Godoy).

“**Agravado de instrumento**. Inventário. Testamenteira. Legitimidade. Ausência de nulidade dos testamentos. Mero erro material. Litigância de má-fé. 1. Consoante disposição do artigo 988, inciso IV, do Código Processual Civil, o testamenteiro possui legitimidade para requerer a abertura do inventário. 2. Mero erro material concernente à indicação do número da Circunscrição do Cartório de Registro de Imóveis não possui o condão de nulificar o testamento, quando suficientemente individualizado o bem imóvel objeto da declaração de vontade, mediante as especificações do seu endereço e número de matrícula. 3. A improcedência das teses recursais não implica, por si só, em litigância de má-fé, caso não evidenciado intuito protelatório ou, ainda, a existência de prejuízos às partes. Agravado conhecido e desprovido” (TJGO – AI 201294165844, 2-8-2013, Rel. Des. Alan S. de Sena Conceição).

“**Agravado de instrumento** – Procedimento de jurisdição voluntária – **Pedido de nomeação de administrador provisório** – Tutela antecipada concedida. Nos termos do art. 1.977 do CC/2002, o testador somente poderá conceder ao testamenteiro a posse e a administração da herança, quando não houver cônjuge ou herdeiro necessário. É possível, senão necessária, a nomeação de administrador provisório, nos termos do artigo 49 do Código Civil. Na qualidade de testamenteiros, os agravantes e o agravado devem, em princípio, ser nomeados para administrarem a sociedade, nos termos da lei, do testamento e do contrato social” (TJMG – Acórdão Agravado de Instrumento 1.0024.10.190146-0/001, 5-5-2012, Rel. Des. Lucas Ferreira).

² “**Prêmio e honorários** – Inventário – Decisum que fixou, em favor do advogado testamenteiro-inventariante, o prêmio do art. 1.987 do Código Civil em 3% do valor da herança líquida e os honorários advocatícios em 6% do valor do monte-mor – As circunstâncias dos autos, mormente a quantia de bens a ser partilhado, o tempo de atuação do patrono testamenteiro-inventariante e a complexidade da partilha, revelam ser excessiva a remuneração fixada – Minoração do prêmio da quantia paga a título de prêmio do art. 1.987 do Código Civil para 1%, à custa da parte disponível da herança, bem como da remuneração honorária para 0,5% do monte-mor, à custa do espólio,

que remuneram, de forma digna, o patrono agravado – Decisão reformada – Recurso provido em parte” (TJSP – AI 2233731-47.2015.8.26.0000, 25-2-2016, Rel. Rui Cascardi).

“Agravado de instrumento. Insurgência contra decisão que fixou o **prêmio do testamentário**. Pretensão de redução do valor da vintena para o mínimo legal possibilidade. Remuneração deve ser compatível com o trabalho desenvolvido. Exegese dos artigos 1.987 do Código Civil e 1.138 do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP – AI 0150311-52.2013.8.26.0000, 18-9-2013, Rel. Erickson Gavazza Marques).

“Agravado de instrumento – Autos de inventário – **Prêmio fixado em favor da testamentária** – Pretensão de redução. Cabimento – Testamentária que não desenvolveu grandes esforços ao longo da demanda. Fortes indícios de que não foi a testamentária quem executou o testamento. Prêmio reduzido para o mínimo legal estabelecido no art. 1.987 do Código Civil. Decisão modificada. Agravado provido” (TJPR – AI 0946313-6, 23-10-2012, Rel. Des. Augusto Lopes Cortes).

3 “Ação de inventário – Decisão agravada que fixou a **vintena** do testamentário em 1% da herança líquida – Insurgência do testamentário – Acolhimento parcial – Dicção do disposto no Artigo 1.138 do Código de Processo Civil – Elevação do prêmio de 1% para 2%, em observância ao trabalho desenvolvido e ao tempo de duração do processo – Recurso provido em parte” (TJSP – AI 2203601-74.2015.8.26.0000, 20-6-2016, Rel.^a Marcia Dalla Déa Barone).

“Agravado de instrumento – Inventário – Direito civil e processual civil – Alienação de bem imóvel – Pagamento da vintena – prêmio pelo exercício do cargo de testamentário – ausência de liquidez – solvência do acervo patrimonial inventariado – recurso não provido – decisão mantida – A iliquidez do prêmio da testamentária e, ainda, a existência de outros bens, suficientes para garantir o pagamento da dívida, não impedem a alienação de bem imóvel inventariado (inciso I, do artigo 992, do CPC/73)” (TJMG – AI-Cv 1.0024.03.134048-2/014, 2-7-2015, Rel.^a Ana Paula Caixeta).

“Inventário– Plano de partilha – Insurgência dos legatários e da testamentária contra sua homologação – Os legatários entendem não ser de sua responsabilidade o pagamento quer das dívidas condominiais do imóvel legado, quer do imposto de transmissão *causa mortis*. A testamentária reclama da falta de fixação da **vintena**. Princípio da *saisine* aplicável apenas quanto ao domínio nos legados. Com a morte do *de cujus*, transfere-se somente a propriedade do bem aos legatários, enquanto a posse é diferida para o momento da entrega da posse direta. No caso, a transmissão da posse do imóvel aos legatários ocorreu 08 anos após a morte do *de cujus*. Legatários não são responsáveis pelo pagamento das despesas do condomínio anteriores à transmissão da posse do imóvel, pois não tinham o seu uso. Dever dos legatários de arcar com o imposto de transmissão *causa mortis*. Inteligência do art. 1.936 do CC/02. Devida a atribuição da vintena postulada pela testamentária, nos termos dos art. 1.987 do CC/02 e art. 1.138 do CPC. Recurso parcialmente provido” (TJSP – Ap. 990.10.058229-1, 2-8-2010 – Rel. Francisco Loureiro).

4 “Agravado de instrumento – Abertura e registro de testamento – Determinação de nova avaliação dos bens – Possibilidade – Prêmio Provisório – Testamentário – Não incorporação ao valor final a ser recebido – Quantum – Artigo 1.987 do Código Civil – Artigo 1.138 do Código de Processo Civil – Recurso desprovido – Tendo em vista a defasagem das avaliações realizadas, cabível a determinação de novas, mormente quando não demonstrado o efetivo prejuízo a ser suportado pela parte com a medida – Com o arbitramento do prêmio definitivo a ser percebido pelo testamentário, não mais subsiste o valor provisório, o qual foi arbitrado antes das avaliações dos bens – De acordo com os artigos 1.987, do Código Civil, e 1.138, do Código de Processo Civil, a vintena deverá ser arbitrada entre os valores de um a cinco por cento da herança líquida, excluindo-se desta a parte relativa aos herdeiros necessários” (TJMG – AI-Cv 1.0344.11.002085-8/001, 8-3-2016, Rel. Versiani Penna).

“Inventário. Sentença que fixou honorários de 2,5% da herança ao testamentário. Impossibilidade. Testamentário casado pelo regime da comunhão universal de bens com uma das herdeiras, não tem direito à **vintena**. Artigo 1.138, § 2º do CPC. Recurso provido” (TJSP – Ap 0016940-65.1994.8.26.0482, 14.12.2012, Rel. Teixeira Leite).

“**Civil** – Sucessões – Testamento – **Vintena** – Irregular e negligente execução do testamento – Se é lícito ao juiz remover o testamentário ou determinar a perda do prêmio por não cumprir as disposições testamentárias (CPC. Art. 1.140), é-lhe possível arbitrar um valor compatível para remunerar o trabalho irregular e negligente na execução do testamento” (STJ – RESP 200200250200 – (418931), 1º.8.2011, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

SONEGADOS

22.1 CONCEITO

22.2 REQUISITOS DA SONEGAÇÃO

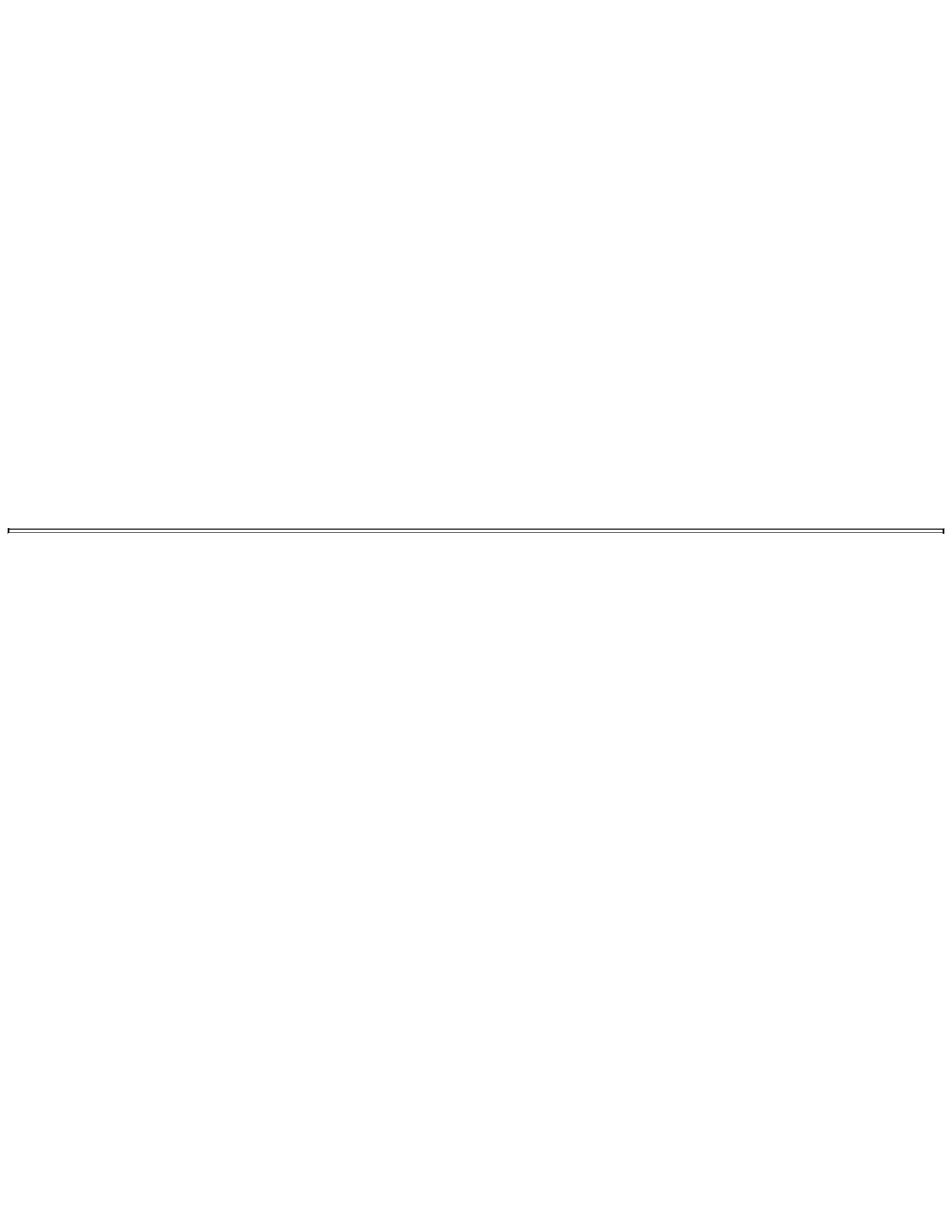
22.3 QUEM PODE PRATICAR A SONEGAÇÃO

22.4 MOMENTO EM QUE OCORRE A SONEGAÇÃO

22.5 QUEM PODE MOVER AÇÃO DE SONEGADOS

22.6 AÇÃO DE SONEGADOS

22.7 EFEITOS DA SONEGAÇÃO. PENAS



COLAÇÕES

Já está fixado, a esta altura da leitura deste volume, o conceito da porção legítima dos herdeiros necessários. Quando da elaboração da partilha, segundo o art. 2.002, *“os descendentes, que concorrerem à sucessão do ascendente comum, são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”*.

Para corrigir omissão nesse dispositivo, tendo em vista a nova sistemática imposta pelo atual Código, o Projeto nº 6.969 busca acrescentar no artigo que também é obrigado à colação *“o cônjuge sobrevivente, quando concorrer com os descendentes”*.

Essa conferência de bens recebidos em vida tem uma finalidade eminentemente contábil. Entende a lei que o que foi recebido em vida, por dote ou doação, integra a porção legítima do *descendente*. E a finalidade vem expressa no artigo 2.003:

“A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.”

Portanto, a lei denomina colação a esse procedimento de o descendente, bem como o cônjuge sobrevivente e o convivente no regime do presente Código, trazer à partilha o bem anteriormente recebido em vida do *de cujus*, por doação.¹ Colação *“é o ato de reunir ao monte partível quaisquer liberalidades recebidas do de cujus, pelo herdeiro descendente, antes da abertura da sucessão”* (Leite, 2003:749). Complementa-se o disposto no art. 544, pelo qual a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes caberia na herança, isto é, uma antecipação de suas quotas legítimas necessárias. Essa regra não é absoluta, pois o doador pode fazer constar que o objeto do negócio seja retirado de sua parte disponível, com dispensa de colação. Há que se examinar, evidentemente, se não houve avanço ilegal na parte disponível. Contudo, se o ascendente, na doação, não fizer expressamente a dispensa de colação, a regra do art. 544 incidirá.



Colação é o procedimento de o descendente, bem como o cônjuge sobrevivente e o convivente no regime do presente Código, de trazer à partilha o bem anteriormente recebido em vida do de cujus, por doação. A colação é, portanto, obrigação do herdeiro necessário, que recebeu doação do autor da herança. Salvo vontade expressa do doador toda doação feita em vida pelo autor da herança a um de seus filhos (ou netos, que concorram com outros netos, por exemplo) presume-se como um adiantamento de herança. Desse modo, tal doação se computará dentro da legítima desse herdeiro, compensando-se com os demais herdeiros do mesmo grau. Trata-se de uma obrigação de trazer o valor. Só haverá dispensa dessa colação quando o testador assim se manifestou de forma expressa (arts. 2.005 e 2.006), determinando que a doação seja extraída da parte disponível.

A colação é, portanto, obrigação do herdeiro necessário, que recebeu doação do autor da herança.

Salvo vontade expressa do doador, como veremos, toda doação feita em vida pelo autor da herança a um de seus filhos (ou netos, que concorram com outros netos, por exemplo) presume-se como um adiantamento de herança. Desse modo, tal doação se computará dentro da legítima desse herdeiro, compensando-se com os demais herdeiros do mesmo grau. Trata-se de uma obrigação de trazer o valor. Só haverá dispensa dessa colação quando o testador assim se manifestou de forma expressa (arts. 2.005 e 2.006), determinando que a doação seja extraída da parte disponível. No dizer de Zeno Veloso, a dispensa de colação feita pelo doador destrói a presunção de que este queria fazer, simplesmente, uma antecipação da herança ao donatário, pois fica claro e inequívoco, com tal liberalidade, que o doador quer gratificar melhor e beneficiar mais o aludido herdeiro, destinando a este maior porção que aos outros (2003:424).

No entanto, se foi excedida a parte disponível, a doação terá sido inoficiosa, e procede-se à redução conforme já estudado.² A colação fundamenta-se, portanto, na vontade presumida do *de cujus*, e é também uma forma de manter a igualdade entre os herdeiros, como se fora uma antecipação da futura herança. Essas conclusões defluem facilmente da leitura dos citados arts. 2.005 e 2.006.

A colação não toca na doação, salvo se inoficiosa, nem aumenta a metade disponível do testador. O que vai ser apurado é apenas seu valor, segundo critério que aqui veremos. O bem doado será inserido, de preferência, no quinhão do donatário.

O vigente Código acrescentou que se presume imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário (art. 2.005, parágrafo único). Assim, será, por exemplo, a doação de um avô ao neto, quando estivesse vivo o filho, este, sim, herdeiro necessário na época da liberalidade. Entende-se que não houve desequilíbrio de legítima nessa situação.

Em sua origem romana, foi uma criação pretoriana, com a mesma finalidade de estabelecer igualdade entre os sucessores. Diz respeito, talvez, também à origem da copropriedade doméstica do direito germânico, onde todos os herdeiros estavam em pé de igualdade (Zannoni, 1974:410). Anteriormente, em Roma, os filhos emancipados recebiam uma parte do patrimônio do pai. Quando da

morte, o pretor passou a determinar que o emancipado compensasse com os demais herdeiros o que anteriormente recebera. O doador não pode doar mais do que poderia testar na oportunidade. É regra que já vimos.

A colação, embora inserida dentro das disposições acerca do inventário e da partilha, refere-se tão só aos descendentes, herdeiros necessários. Nada está a impedir, contudo, ao doador, que imponha o dever de colacionar a um herdeiro instituído; porém, aqui a sede é de exame da vontade do manifestante do negócio jurídico. Como se entende que o dever de colacionar é indeclinável, mesmo a renúncia à herança não exime o renunciante. Este estará obrigado a trazer o bem à colação, devendo repor o excedente da legítima mais a metade disponível ao monte, como qualquer outro herdeiro descendente donatário. Porque isso acontecendo, o herdeiro teria recebido mais do que poderia receber por testamento, em prejuízo dos demais herdeiros. O mesmo princípio é aplicado ao indigno, assim excluído da sucessão (art. 2008 do CC/2002 e art. 640 do CPC/1973, correspondente ao art. 1.015 do CPC/2015). Não são herdeiros, mas seus atos não podem prejudicar os demais descendentes que concorrem à herança.

Tanto a colação como a redução das liberalidades têm por fim a integridade das porções hereditárias dos herdeiros legítimos. No entanto, não se confundem.

A redução de doação inoficiosa ou deixa testamentária excessiva tem por fito defender a porção legítima do herdeiro necessário e só se possibilita quando um desses atos atinge essa porção. Já a colação ocorre mesmo que a legítima não tenha sido afetada, visando tão só manter a igualdade entre os vários herdeiros.

A redução da parte inoficiosa ocorre mesmo contra a vontade do disponente, porque o herdeiro forçoso não pode ser privado de sua legítima, enquanto a colação pode ser dispensada pelo doador, como vimos. Não podendo a questão ser decidida de plano no inventário, será levada para a ação de redução. Por outro lado, enquanto com a redução se traz para o monte o bem ou o valor excedente, com a colação não se traz bem algum: apenas se confere um valor que integrará a porção do donatário, preferentemente.

Se o *de cuius* dispôs em vida mais do que podia, há invalidade da disposição, da mesma forma como ocorre no testamento, se dispôs além de sua porção disponível. Por fim, enquanto a redução do excesso transmitido possibilita a qualquer herdeiro necessário a iniciativa da ação, a colação apenas beneficia os descendentes, diretamente ligados à sucessão. A colação pode, no entanto, dar ensejo à ação de redução.

São pressupostos, pois, da colação: a doação (ou dote, no regime anterior) de um ascendente comum ou do cônjuge ao outro; a participação do donatário descendente ou cônjuge sobrevivente na herança e o concurso desse donatário com os demais descendentes do mesmo grau, por cabeça, ou por direito de representação, podendo também participar o cônjuge sobrevivente e o convivente em determinadas

situações, como vimos.

O art. 2.007, pertencente ao Código de 2002, pretendeu equacionar regras para essa redução:

“São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.

§ 1º O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.

§ 2º A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias.

§ 3º Sujeita-se a redução, nos termos do parágrafo antecedente, a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível.

§ 4º Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso.”

Para se atingir o valor, o excesso será apurado levando-se em conta o momento da liberalidade, ou seja, verificar-se-á no momento da liberalidade qual o montante do acervo e quanto poderia ser disposto pelo doador na época. Se a redução não puder ser feita em espécie ou não existir mais o bem no monte, a redução será feita em dinheiro. Aplicam-se as regras das reduções testamentárias já estudadas. As partes devem apresentar um plano de redução. Se não o fizerem, assim determinará o juiz que se faça, valendo-se de perícia, se necessário. O § 4º é importante porque fixa um critério cronológico para as reduções: se foram várias as doações aos herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, parte-se da mais recente para as mais antigas, até que se obtenha a eliminação do excesso inoficioso.³

Nossa lei impõe aos descendentes sucessíveis o dever de colacionar. O cônjuge também tem esse dever, se concorrer na herança com descendentes, como vimos. Estão livres dessa obrigação os demais herdeiros necessários, ao contrário de outras legislações. Os demais herdeiros da ordem de vocação legítima e os herdeiros testamentários estão livres da obrigação, salvo se o testador dispôs em contrário.

Os netos devem colacionar, quando representarem seus pais, na herança do avô, o mesmo que seus pais teriam de conferir (art. 2.009). Isso porque o representante receberia tudo que receberia o representado. Contudo, não está o neto obrigado a colacionar o que recebeu de seu avô, sendo herdeiro seu pai, e não havendo representação. Quando o herdeiro-pai falecer, não haverá dever do neto colacionar, porque recebeu herança do ascendente-avô, e não de seu pai. Se só concorrem, porém, netos a uma herança (sucessão por cabeça), descendentes do mesmo grau, portanto, terão o dever de colacionar.⁴ Aí eles concorrem à herança por direito próprio.

Como vimos, o indigno e o renunciante também devem colacionar, porque sua doação pode ser de tal vulto que absorva toda a herança, ou grande parte da herança dos demais herdeiros. E a renúncia não

pode vir em prejuízo dos demais, muito menos a indignidade (art. 2.008). No entanto, nessas situações, tão só pela colação, não há perda do bem colacionado no tocante à parte oficiosa. A colação não tem o condão de revogar a liberalidade. Há necessidade de que se proceda à redução.

Se o herdeiro que teria de colacionar premorrer ao autor da herança e já tiver transferido o bem a terceiro, este está livre de qualquer conferência, arcando apenas o neto, representante, com esse encargo, numa situação injusta criada pela lei (Pereira, 1984, v. 6:294).

Qualquer herdeiro filho terá o dever de colacionar, desde que concorra à herança: legítimo, ilegítimo, adotivo. Os cessionários dos direitos hereditários desses herdeiros também têm o dever de colacionar, assim como, por outro lado, têm direito de pedir a colação.

Se a doação foi efetivada a descendente casado sob comunhão de bens, tem ele o dever de colacionar todo o bem. Se a doação foi feita metade ao descendente e metade a seu cônjuge, este último, se não for herdeiro (art. 1.829, I), não tem que conferir (Miranda, 1973, v. 60:341). Entende-se que a porção doada ao cônjuge saiu da parte disponível.

A *dispensa de colação* só pode vir no testamento ou no ato de liberalidade (art. 2.006). Não valerá a dispensa feita em qualquer outro instrumento, ainda que por escritura pública. Nada impede, todavia, que a dispensa seja parcial ou condicional (Miranda, 1973, v. 60:340).

Os credores do espólio não podem exigir a colação, ainda que o passivo seja superior ao ativo. Não podem eles atingir a liberalidade feita em vida pelo morto, a não ser que tenha ocorrido fraude contra credores. Também os legatários não estão legitimados a fazê-lo.

Quando o herdeiro donatário for incapaz, seu representante fará a conferência dos respectivos bens. Trata-se de ato de mera administração que não implica alienação.

O cálculo da legítima supõe a reunião ficta do que foi anteriormente doado ao descendente. Os valores colacionados são imputados para a contagem do total da massa hereditária. Se o donatário não mais tiver os bens consigo, será apurado seu valor ao tempo da liberalidade, segundo acrescenta o parágrafo único do art. 2.003. Esse valor é visto com relação ao acervo na época da liberalidade. Se houver no acervo bens suficientes para a colação, serão eles computados em espécie.

O art. 639 do CPC diz que o herdeiro deve conferir o bem à colação no prazo do art. 627, isto é, dentro do prazo para manifestação sobre as primeiras declarações. No caso de arrolamento, o fará junto com as declarações iniciais. No arrolamento de alçada, deve fazê-lo tão logo seja intimado. Se o herdeiro, sendo intimado dentro do inventário para esse fim, negar o recebimento de bens, ou a obrigação de os conferir, o juiz deve decidir, de plano, após ouvir as partes (art. 641 do CPC). Se julgar procedente o pedido de colação, o juiz mandará sequestrar os bens para serem inventariados ou partilhados, ou imputará no quinhão do renitente o valor respectivo, se o bem não estiver mais em sua posse (§ 1º do art. 641). Se o juiz não puder decidir à vista dos elementos constantes dos autos, tratando-se de matéria que

requiera outras provas, portanto, remeterá as partes às vias ordinárias (§ 2º do art. 641 do CPC). Nesse caso, o herdeiro apontado não poderá receber seu quinhão hereditário enquanto não decidir a demanda, “*sem prestar caução correspondente ao valor dos bens sobre os quais versar a conferência*” (segunda parte do § 2º citado).

É ao espólio que cabe propor a ação de colação. Não se nega ao herdeiro interessado que figure como assistente na causa. No entanto, pode o indigitado renitente adiantar-se e propor ação declaratória negativa, para que se fixe seu direito de não colacionar (art. 19, I, do CPC). Se o inventariante omite-se quanto ao pedido de colação, qualquer interessado pode pedir sua remoção por faltar aos deveres que lhe são inerentes.

O herdeiro que não apresentar espontaneamente o bem, intimado a fazê-lo, pode incorrer também na pena de sonogados, como já estudado.

Quando colacionado o bem, é lavrado um termo no inventário. Podem as partes interessadas concordar com o valor apresentado, dispensando-se a avaliação, se todos forem capazes. Pode ocorrer que só após a partilha se descubra que existia bem colacionável. A qualquer momento, enquanto não prescrever a ação de petição de herança, pode ser proposta a ação para o herdeiro colacionar, acertando-se, então, a partilha. A ação beneficia a todos os demais herdeiros necessários participantes.

A doação ao descendente será considerada *inoficiosa* quando for superior a sua parte legítima, *mais a parte disponível*. A invalidade não é total, só no que suplantar esse cálculo aritmético. Nesse caso, é feita a *redução* até caber nesse limite. Os sucessores nomeados no testamento só recebem se sobrar patrimônio após tais reduções.

Consideremos o exemplo no qual existem *dois filhos*. A doação foi feita quando o patrimônio do doador era de 2.000. O valor da doação foi de 1.600. Há uma parte inoficiosa. Isso porque, quando da doação, o titular do patrimônio tinha como sua parte disponível o valor de 1.000 (a metade do acervo). A outra metade de 1.000 constituía a legítima dos dois filhos, cabendo 500 para cada um. A doação avançou em 100 da legítima do filho não donatário, porque o valor da mesma não poderia ultrapassar 1.500. A inoficiosidade refere-se, portanto, ao valor de 100, que deve ser repostado pelo herdeiro-donatário, em espécie ou em valor.

A jurisprudência do STJ tem admitido a ação anulatória de doação inoficiosa mesmo em vida do doador (Veloso, 2003:416). Desse modo, tem sido entendimento majoritário da doutrina que a ação pode ser movida tanto antes como depois da morte do doador.

O CPC de 1973 colocara termo a uma polêmica que se arrastava desde a promulgação do Código Civil de 1916. O CPC de 2015 mantém o mesmo conteúdo. De acordo com o parágrafo único do art. 639 do CPC,

“*os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o*

donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão”.

A questão era saber se a colação seria feita em valor ou em substância. O art. 2.004 determina que esse valor seja o do momento da liberalidade. Talvez seja esse o melhor critério, o do valor, mas ambos darão distorções no procedimento avaliatório. Desse modo, há uma modificação de critério imposta pelo novel Código Civil. O art. 2.004 estabelece que o valor da colação dos bens doados será aquele certo ou estimativo, que constar do ato de liberalidade. Se não houver valor certo no ato, nem estimativa feita à época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular que valesse ao tempo da liberalidade (§ 1º). Não será computado, para a colação, o valor das benfeitorias acrescidas, as quais pertencem ao herdeiro donatário. A avaliação monetária será de rigor, se houver necessidade de comparação ou pagamento com valores contemporâneos. Também caberão ao donatário os rendimentos ou lucros da coisa, assim como os danos e perdas que os bens referidos sofrerem (§ 2º). Tanto as benfeitorias como os lucros e perdas são valores que não integram o valor original colacionado pois a sua origem é posterior ao negócio de doação.

Vimos que toda doação, sem dispensa expressa, deve ser colacionada. O Código, contudo, abre algumas brechas, não exigindo a conferência. Não é costume que pequenas dádivas sejam colacionadas, embora a lei não as exclua.

Carlos Maximiliano (1952, v. 3:453) enuncia as liberalidades sujeitas à colação, entre outras: doações e dotes; o que o descendente adquiriu com o produto de valores recebidos pelo morto, vivendo em sua companhia; rendimentos dos bens do pai desfrutados pelo filho; doações indiretas feitas por interposta pessoa; quantias pagas pelo ascendente para pensão, dote, seguro de vida ou da coisa pertencente ao descendente; somas não módicas dadas de presente; perdas e danos, multas, indenizações em geral pagas pelo pai por atos do filho; quitação de dívida contraída pelo filho para com o pai, sem pagamento. Como vemos, existe um alargamento no conceito legal de doação no art. 2.002. Entender-se restritivamente dispositivo seria anular o sentido da lei. Percebemos, também, que o filho que permaneceu em convivência com o ascendente autor da herança terá tido sempre maiores possibilidades de ter recebido doações. No conceito legal, entram as doações feitas por via indireta, o que deve ser examinado em cada caso concreto.

As benfeitorias dos bens doados pertencem ao donatário e não entram na colação. Assim também devem ser entendidas as construções e os acréscimos. Se o donatário construiu no terreno doado, só o valor do terreno será colacionado (§ 2º do art. 2.004). Se a coisa se perdeu ou deteriorou por culpa do donatário, persiste seu dever de colacionar, arcando ele com perdas e danos. Não subsiste o dever de colacionar se a coisa doada perdeu-se sem culpa sua. O seguro sobre a coisa perdida é contrato estranho à herança, não se sub-rogando para fins de colação (Pereira, 1984, v. 6:297; Borda, 1987, v. 1:511). Se o prêmio do seguro foi pago pelo doador, a colação é devida, porém.

Também não se colacionam

“os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime” (art. 2.010).

Essa isenção apenas atinge os menores. Os valores atribuídos aos filhos maiores devem ser colacionados, embora não se registrem casos na jurisprudência. Entende-se que o maior deva ganhar o próprio sustento. O que recebeu do ascendente foi a título de adiantamento de legítima. Da mesma forma, as dádivas desproporcionais feitas pelo ascendente a um dos filhos devem ser colacionadas, devendo ser examinado o caso concreto. Essa pode ser uma forma de burlar a garantia da legítima dos demais herdeiros filhos.

Quando os pais dão determinada soma aos descendentes para que estes adquiram um bem, um imóvel, por exemplo, deve ser trazida à colação o valor atualizado e não o bem comprado (Wald, 1988:186). Deve ser examinado em cada caso se na remuneração paga pelo pai ao filho não se disfarça uma doação, sem o caráter gratuito. Extravasa o sentido de despesas ordinárias tudo o que, de acordo com a fortuna do *de cuius*, supera o conceito de alimentos. O art. 2.011 exclui também as doações remuneratórias da colação, já que estas têm um sentido de retribuição. As dúvidas acerca da natureza remuneratória deverão ser dirimidas em ação própria.

Se a doação houver sido feita por ambos os cônjuges, no inventário de cada um se conferirá por metade (art. 2.012). Entende-se que cada cônjuge era proprietário de metade da coisa doada. É uma presunção relativa que pode ser elidida no caso concreto. Os acréscimos e a valorização dos bens feitos por conta do donatário não devem entrar no valor da colação, porque não fariam parte, de qualquer modo, da herança. Da mesma forma, os frutos e rendimentos da coisa doada.

Os bens conferidos não se acham sujeitos a imposto, pois o negócio jurídico foi anterior à morte. Se o donatário recebeu mais do que lhe cabia, por força da herança, poderá escolher, dentre os bens doados, tantos quantos bastem para perfazer a legítima e a metade disponível, entrando para a partilha o excedente para ser dividido entre os demais herdeiros (art. 640, § 1º, do CPC). Se a parte inoficiosa recair sobre bem imóvel, que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará uma licitação entre os herdeiros. O donatário terá preferência em ficar com o bem se apresentar condições iguais aos demais herdeiros. Se a parte inoficiosa recair sobre imóvel indivisível, que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará licitação entre os herdeiros (§ 2º). Nada impede que as partes transijam, com reposições em dinheiro ou em outros bens. Na partilha, é evidente, será imputado ao donatário, preferentemente, o que ele já recebera em vida.

¹ “Agravo de instrumento – Inventário – I – Pretensão colação de montante pecuniário cuja promessa de doação aos filhos herdeiros fora avançada em sede de divórcio do falecido. Inadmissibilidade. II – Concorrência da viúva com os descendentes que se limita aos bens comuns do casal, adquiridos sob o manto da colaboração mútua. Não incidência sobre os bens particulares. Entendimento consignado no Agravo de Instrumento nº 2141849-04.2015.8.26.0000. Infundada pretensão de partilha sobre os direitos transmitidos aos filhos herdeiros antes do estabelecimento da relação conjugal. Decisão preservada. Agravo desprovido” (TJSP – AI 2242537-71.2015.8.26.0000, 18-4-

“Apelação cível – Doação inoficiosa – Adiantamento de legítima – **Colaço** – Não é dado ao filho questionar herança de pai vivo como há muito já decidiu o STF. Com efeito, o direito de pedir anulação da doação inoficiosa só nasce no momento da morte do doador, uma vez que o direito do herdeiro advém da herança, e esta não existe enquanto vive o disponente. Logo, andou bem a sentença ao julgar improcedente o pedido de nulidade da doação. Além disso, a sentença apenas declarou que a entrega do dinheiro feito pela ré a sua filha foi a título de doação e não empréstimo. E declarou também que essa doação deve ser levada à colaço no momento da abertura da sucessão da doadora. Tal decisão nenhum prejuízo trouxe à demandada de modo que, por isso, não há falar em nulidade por cerceamento de defesa. Ademais, não houve nulidade no processo pela realização de audiência no período indicado no ato nº 04/2012, pois desde logo é possível ver a desnecessidade de colheita de outras provas para se decidir o caso concreto. Por fim, não há nos autos qualquer prova de que o ato de disposição em questão tenha se dado a título de empréstimo, como alega a apelante. Negaram Provitmento” (TJRS – AC 70056600000, 24-4-2014, Rel. Des. Rui Portanova).

“**Processual civil.** Civil. Recurso especial. Sucessão. Doação. Validade. **Doação de pais a filhos. Inoficiosidade.** Existência. Arts. 134, 1.176, 1.576, 1.721 e 1.722 do CC-16. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 20-7-2010, no qual se discute a validade de doação tida como inoficiosa, efetuada pelo *de cujus* aos filhos do primeiro casamento. Inventário de O.L.P., aberto em 1.999. 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 colaço, 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 – (2010/0112326-9), 22-8-2013, Relª Minª Nancy Andriighi).

“**Anulação de negócio jurídico** – Alegação de nulidade por doação inoficiosa do único bem imóvel do pai para as quatro únicas filhas existentes à época. Outra alegação de nulidade, por ofensa ao Artigo 548 do Código Civil, em razão de ser universal a doação. Improcedência, pois, no momento da doação, não havia qualquer vício a ensejar a nulidade do negócio. Autora nascida posteriormente à doação, quando nem ao menos era concebida. Com a doação, o doador não prejudicou a sua subsistência. Doação sem dispensa de colaço. Houve antecipação de herança, devendo o valor que o bem tinha ao tempo da liberalidade ser levado à colaço devidamente atualizado (artigos 2.002, 2.003 e 2.004 do Código Civil). Sentença de improcedência. Recurso improvido” (TJSP – Ap. 994.00.082071-2, 23-1-2012, Rel. Francisco Loureiro).

“**Recurso especial** – Civil – Direito das sucessões – Processo de inventário – Distinção entre colaço e imputação – Direito privativo dos herdeiros necessários – Ilegitimidade do testamenteiro – Interpretação do art. 1.785 do CC/16. – 1 – O direito de exigir a colaço dos bens recebidos a título de doação em vida do ‘de cujus’ é privativo dos herdeiros necessários, pois a finalidade do instituto é resguardar a igualdade das suas legítimas. 2 – A exigência de imputação no processo de inventário desses bens doados também é direito privativo dos herdeiros necessários, pois sua função é permitir a redução das liberalidades feitas pelo inventariado que, ultrapassando a parte disponível, invadam a legítima a ser entre eles repartida. 3 – Correto o acórdão recorrido ao negar legitimidade ao testamenteiro ou à viúva para exigir a colaço das liberalidades recebidas pelas filhas do inventariado. 4 – Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 5 – Recursos especiais desprovidos” (STJ – REsp 167.421 – (1998/0018520-8), 17-12-2010, – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“**Agravo de instrumento** – Sucessões – Inventário – Colaço – Exclusão de bem – Aquisição – Contrato de compra e venda – Interveniência da autora da herança – Prescrição vintenária – Súmula 494 STF – Entendimento inaplicável – Pretensão anulatória inexistente – Mera equiparação das legítimas – Art. 2003, *caput* – Adiantamento de herança – Ocorrência – Promessa de compra e venda celebrada por ascendente – Contrato definitivo celebrado pela sucessora, com renúncia da ascendente – Doação indireta – Decisão correta – Colaço devida. Agravo não provido. I. Consoante o artigo 2.003 do Código Civil, a colaço consiste em mera conferência do valor dos bens do autor da herança recebidos pelos herdeiros antes da sucessão, como forma de igualar as legítimas a serem recebidas. II. A colaço não possui eficácia anulatória contra o ato de liberalidade do sucedido. Ainda que trazido à colaço o valor do bem na época da transmissão, o ato translativo da propriedade permanece eficaz. III. A colaço não se submete a prescrição por não deter eficácia anulatória; consubstancia mero acertamento do valor das legítimas considerando o que foi recebido pelo sucessor a título de antecipação de herança. IV. Inaplicável à colaço sucessória o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, posto que erigido sobre a hipótese de anulação de doação de ascendente à descendente, espécie alheia à

colação” (TJPR – Acórdão Agravo de Instrumento 587.967-2, 19-5-2010, Rel. Vânia Maria da Silva Kramer).

2 “Agravo de instrumento – Inventário – **Colaço de bens** – Doação que abrange a parte disponível – Dispensa expressa em testamento – Inteligência dos artigos 2.005 e 2006 do CC – Recurso parcialmente provido” (TJSP – AI 2138973-76.2015.8.26.0000, 19-2-2016, Rel.ª Rosângela Telles).

“**Agravo de instrumento** – Inventário – Decisão que indeferiu pedido de divisão de despesas, entre os herdeiros, com imóvel inventariado – Recurso dos interessados – Alegação de que as despesas com a manutenção do bem foram assumidas pelos agravantes, cumprindo à coerdeira arcar com metade do valor – Descabimento – Até que se ultime a partilha, é o próprio acervo patrimonial quem responde pelas dívidas oriundas de sua manutenção – Agravantes que, ademais, não lograram demonstrar que tais gastos foram suportados com o patrimônio pessoal. Determinação de colaço de doação feita ao agravante/inventariante e sua esposa – Alegação de que a doação teria saído da parte disponível da herança – Descabimento – Doações feitas por ascendente a descendente que importam necessariamente em adiantamento de legítima, salvo quando houver cláusula expressa de dispensa no título da liberalidade ou quando constar de testamento, ambos inexistentes no caso – Inteligência dos arts. 544, 2.005 e 2.006, todos do Código Civil – Decisão mantida – agravo desprovido” (TJSP – AI 2017655-29.2015.8.26.0000, 28-8-2015, Rel. Miguel Brandi).

“**Apelação cível** – Direito civil – Doação inoficiosa – Existência herdeiros necessários do varão – Desrespeito à legítima – Nulidade da parte excedente – Bens indivisíveis – Nulidade da segunda doação – Manutenção da doação que não prejudicou a legítima – Recurso conhecido e parcialmente provido – À unanimidade de votos” (TJAL – AC 2009.004153-9 – (1.0292/2011), 9-6-2011, – Rel. Des. Washington Luiz D Freitas).

3 “Agravo de instrumento – Inventário – **Necessidade de colaço** – Bens imóveis e montante em dinheiro – Decisão que remeteu às vias ordinárias por envolver questão de alta indagação a ser discutida em ação própria – Decisão reformada em parte – Existência de documentos – Necessária decisão fundamentada do Juízo monocrático a respeito, sem prejuízo de posterior remessa às vias ordinárias – Recurso parcialmente provido” (TJSP – AI 2246739-91.2015.8.26.0000, 19-4-2016, Rel. José Carlos Ferreira Alves).

“**Ação anulatória de ato jurídico** – Pretensão de filha de anular doação realizada pelo genitor para a própria autora e seus irmãos, e também de posteriores alienações entabuladas entre os beneficiários, sob o argumento de haver simulação, porque não cumprida a promessa do doador de que compensaria os filhos prejudicados mediante doação para estes de outros bens remanescentes. Sentença de extinção do feito, com indeferimento da inicial por ausência de interesse de agir e decadência. Data da distribuição da ação: 19-9-2011. Valor da causa: R\$ 7.081.520,59. Apela a autora sustentando que as doações realizadas em 1982 devem ter seus valores conferidos no inventário, sob pena de sonegação; Alega que as doações de imóveis se deram em partes iguais, restando todos os irmãos como condôminos, porém com a formalização da compra e venda entre os herdeiros em 2002 ficou com uma parte menor do que aquela reservada para os outros; Aduz que o genitor propôs aos filhos prejudicados que aceitassem a transação, porque seriam compensados com bens remanescentes, porém com sua morte em 2008, a promessa não se concretizou e a partir daí se iniciaria o prazo para anular os contratos por vício de consentimento. Descabimento. Eventual pedido de colaço não leva obrigatoriamente à anulação da doação. Todos os herdeiros foram beneficiados com partes iguais. Inexistência de ofensa à legítima. Transações realizadas posteriormente, ainda que simuladas, inclusive para pagar menos impostos, foram feitas sob a égide do Código Civil previgente, de modo que sua anulação dependeria da comprovação de vício de consentimento e observância do prazo decadencial. Autora participou do negócio sabendo de sua natureza. Ademais, o prazo para impugnar o ato partiria da sua ocorrência, daí por que o reconhecimento da decadência. Sugerido inadimplemento da promessa de doação vinculada às transações entre os irmãos, em tese, poderia propiciar pedido de cumprimento. Ocorre que inexistente instrumento para comprovar o alvitado contrato preliminar, que seria imprescindível por envolver bens imóveis. Não existe nem sequer elemento indiciário acerca da referida promessa. Apelante não inovou o que já havia sido exposto nos autos e rebatido na sentença. Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Adoção do art. 252 do RITJ. Recurso improvido” (TJSP – Ap. 0007760-45.2011.8.26.0024, 15-8-2012, Rel. James Siano).

“**Agravo retido** – Inconformismo tirado contra decisão que indeferiu novos pedidos formulados em réplica. Manutenção da decisão. Prevalcimento do princípio da estabilização da lide. Agravo desprovido. Ação de cancelamento de escritura e de registro fundada em doação inoficiosa – Pleito fundado na alegação de que as doações realizadas em vida teriam excedido a parte disponível. Réus que demonstraram haver outros bens no acervo hereditário, bem como outras doações. Autora que deveria, antes de ter manejado a presente ação, verificar os bens constantes do acervo hereditário, a fim de constatar se efetivamente as doações seriam inoficiosas. Pedido de inclusão de outras doações no curso da lide é descabido, por alterar o pedido e a causa de pedir – Sentença de extinção do processo mantida. Apelo desprovido” (TJSP – Ap. 990.10.007700-7, 17-10-2011, Rel. Sebastião Carlos Garcia).

4 “**Anulação de doação inoficiosa** – Ação promovida pelos herdeiros necessários, sob o argumento de que o valor do bem imóvel doado em vida pelo ‘de cujus’ a sua companheira ultrapassou a parte disponível de seu patrimônio – Colaço de todos os bens, inclusive os

doados anteriormente e que não são objeto do pedido de anulação – Necessidade – Meação da companheira ante o reconhecimento da união estável com o doador – Observância – Legítima não atingida pela doação – Pedido improcedente – Sucumbência dos autores

– Condição de beneficiários da assistência judiciária gratuita – Irrelevância – Concessão da gratuidade que não afasta a condenação dos vencidos às verbas de sucumbência, suspendendo apenas a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50 – Entendimento pacífico do E. Superior Tribunal de Justiça – Sentença de improcedência mantida, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RITJSP – Recurso dos autores improvido e provido o da ré” (TJSP – Ap 0004849-11.2000.8.26.0068, 10-5-2016, Rel. Alvaro Passos).

“**Agravo de instrumento** – Inventário – Colação de bens – Dever que deriva da regra legal do artigo 2.003 do Código Civil. Bens adquiridos por meio de negócio de venda e compra. Correto afastamento da determinação. Ainda que admitido que os bens foram incorporados ao patrimônio dos herdeiros em sub-rogação de imóveis doados anteriormente, o negócio pretérito se deu com cláusula de dispensa de colação, inexistindo indícios a configurar doação inoficiosa. Prevalência da norma do artigo 2.005 do Código Civil. II- Débito relativo a cartão de crédito de titularidade do herdeiro Bruno. Fatura vencida após a abertura da sucessão. Responsabilidade do herdeiro pelo adimplemento, com possibilidade de direito de regresso do espólio caso tenha indevidamente arcado com o montante. Decisão mantida. Agravo improvido, com observação” (TJSP – AI 2140184-50.2015.8.26.0000, 24-9-2015, Rel. Donegá Morandini).

“**Anulação de ato jurídico**. Doação de parte de imóvel para ex-mulher na separação judicial. Hipótese de acordo realizado entre o extinto casal onde ele abriu mão de parte do imóvel e ela da pensão alimentícia. Ato jurídico sem irregularidades. Impossibilidade de enviar o bem à colação. Recurso provido” (TJSP – Ap 0010965-67.2010.8.26.0008, 3-5-2013, Rel. Teixeira Leite).

“**Ação de inventário e partilha de bens** – Formação satisfatória do instrumento. Peças juntadas pelo agravado complementares. Recurso conhecido Ação de inventário e partilha de bens. Decisão que não recebeu embargos de declaração. Decisão interlocutória. Cabimento de embargos de declaração. Decisão que esclarece pontos obscuros. Suspensão de prazo para interposição de recurso contra a decisão anterior. Recurso tempestivo. Recurso conhecido Ação de inventário e partilha de bens. Determinação de que sejam trazidos à colação bens imóveis doados em vida pela falecida. Indicação de critérios para a avaliação dos bens. Afastamento de bens que não tenham sido relacionados nas primeiras declarações. Questão de alta indagação. Imputação de recebimento de valores relativos a alugueres e depósitos bancários. Matéria alheia ao inventário. Decisão Mantida. Recurso não provido” (TJSP – AI 0056878-28.2012.8.26.0000, 24-9-2012, Rel.^a Marcia Regina Dalla Déa Barone).

“**Anulação de ato jurídico** – Ação julgada improcedente – Alegação de que, na verdade, houve doação inoficiosa, prática defesa em lei. Inocorrência. Transações realizadas através de escrituras públicas, que se revestiram de forma legal. Valores transacionados que somente dizem respeito às partes contratantes. Declaração de rendimentos que comprovam o poder aquisitivo da adquirente. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP – Ap. 994.01.012966-4, 17-10-2011, – Rel. Percival Nogueira).

“**Anulação de doação** – Liberalidade praticada pelo genitor, ainda em vida, em favor do réu. Hipótese de doação de ascendente para descendente, em adiantamento de legítima, e não doação inoficiosa. Impossibilidade de reconhecimento da nulidade do ato. Necessidade, todavia, de levar à colação o imóvel nos autos do inventário, a fim de igualar as legítimas de ambos os herdeiros necessários. Inexistência de dispensa de colação. Colação, ademais, que deverá ser feita pelo valor do imóvel ao tempo da abertura da sucessão, e não ao tempo da liberalidade. Recurso provido em parte” (TJSP – Ap. 994.01.027288-2, 17-10-2011, – Rel. Sebastião Carlos Garcia).

“**Anulação de escritura de doação** – Liberalidade que teria sido praticada pelo genitor em favor da filha, ainda em vida, em detrimento dos direitos sucessórios do filho, igualmente herdeiro necessário. Hipótese de doação de ascendente para descendente, em adiantamento de legítima, e não doação inoficiosa. Impossibilidade de reconhecimento da nulidade do ato. Necessidade, entretanto, de levar à colação o imóvel, aparentemente o único do ‘de cujus’, nos autos do inventário, a fim de igualar as legítimas de ambos os herdeiros necessários. Inexistência, ademais, de dispensa de colação. Apelo parcialmente provido” (TJSP – Ap. 994.03.106444-0, 17-10-2011, – Rel. Sebastião Carlos Garcia).

**PARTILHA. GARANTIA DOS QUINHÕES.
INVALIDADE DA PARTILHA**

24.1 PARTILHA. CONCEITO. INÍCIO DO PROCEDIMENTO

24.2 ESPÉCIES DE PARTILHA

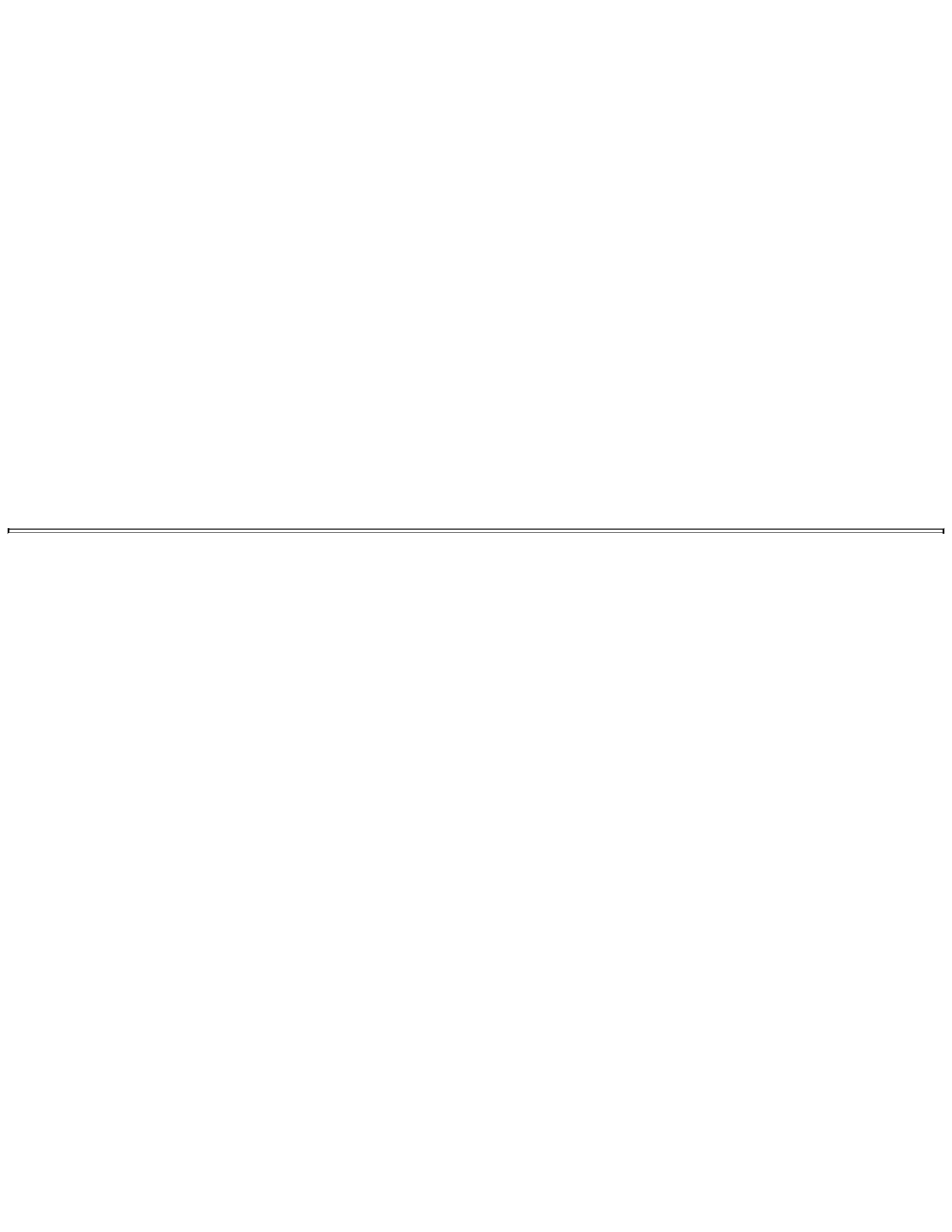
24.3 REGRAS A SEREM OBSERVADAS PARA UMA PARTILHA MELHOR

24.4 FRUTOS DOS BENS HEREDITÁRIOS

24.5 PARTILHA FEITA EM VIDA

24.7 GARANTIA DOS QUINHÕES HEREDITÁRIOS. RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO

24.8 INVALIDIDADE DA PARTILHA: NULIDADE E ANULAÇÃO. RESCISÃO DA SENTENÇA DE PARTILHA



ENCARGOS DE HERANÇA. PAGAMENTO DAS DÍVIDAS

Já nos manifestamos à exaustão acerca do patrimônio hereditário. Consiste numa universalidade que engloba direitos e obrigações, créditos e débitos. Por mais de uma vez, citamos que a lei atribui uma espécie de personalidade à herança. Incluímo-la dentre as entidades com personificação anômala (*Direito civil: parte geral*, seção 14.6), ao lado de grupos personificados similares, tais como a massa falida, o condomínio de unidades autônomas, a herança jacente.

A essas entidades a lei atribui uma personificação para fins processuais. A esta altura, já sabemos que a herança, no processo de inventário, recebe o nome de *espólio*. O espólio é o conjunto de direitos e deveres pertencentes à pessoa falecida, ao autor da herança. Trata-se de uma massa patrimonial que permanece coesa até a atribuição dos quinhões hereditários. Até a partilha. Como visto, é o *inventariante* quem representa processualmente o espólio (art. 75, VII, do CPC), salvo nas demandas em que for o espólio autor ou réu e o inventariante for dativo. O estatuto processual atribui também a um administrador provisório a representação do espólio, até que assumo o inventariante (arts. 613 e 614 do CPC). Já passamos pelas funções de administração do inventariante. Na verdade, as atribuições do inventariante extravasam a simples representação processual da massa hereditária. Ele pratica atos de direito material dentro de seus poderes de administração, e não poderia ser diferente.

O próprio Código Civil trata da herança como uma entidade personificada, ao dizer no art. 1.997 que *a herança* responde pelo pagamento das dívidas do falecido. O douto Pontes de Miranda (1973, v. 60:290) critica essa dicção legal dizendo que a expressão é de “*impropriedade gritante, porque só responde pessoa*”. Não atentou, porém, o grande mestre que a lei material se refere aí àquela personificação transitória, necessária para a elaboração do inventário e da partilha, denominada espólio, que a moderna técnica jurídica não pode ignorar. Ao responder o espólio pelas dívidas, responderá cada herdeiro na proporção de seus quinhões, já que a herança é recebida sob benefício de inventário. A maior utilidade do inventário, feito em juízo, é, como examinado, distinguir a massa hereditária do patrimônio do herdeiro, para que este não venha arcar com valores devidos tão só pelo espólio.

Entre os poderes e deveres do inventariante incluem-se aqueles de não só descrever, como também cobrar as dívidas pendentes do *de cuius* e zelar para que os credores da massa sejam atendidos. Portanto, aqui se coloca o problema referente aos débitos da massa, já que os créditos entram como ativo e, enquanto não realizados, serão partilhados como valores positivos. Importa cuidar agora dos valores

negativos do patrimônio, do espólio.

O espólio pode conter débitos contraídos pelo morto. Esses são os débitos propriamente ditos da herança. São débitos, cuja origem está situada em vida do *de cuius*. Há, no entanto, dívidas inafastáveis contraídas pelo próprio processo de apuração da herança, do inventário, a começar pelas custas judiciais. No decorrer do processo, dependendo de sua complexidade, haverá necessidade de peritos avaliadores, contadores; advogados para defenderem o espólio nas ações que lhe são movidas ou para mover ações contra terceiros; pagamento de honorários do inventariante, se não for herdeiro; da vintena do testamenteiro etc. Não existe uma classificação de créditos exposta na lei, a exemplo do que ocorre na falência, específica para o espólio. Cabe aos princípios gerais, em analogia com outras situações semelhantes (como é o caso do juízo falencial), estabelecer um quadro de devedores e um quadro de credores. Aqui, nos interessa examinar a situação dos credores do espólio.

Itabaiana de Oliveira (1987:389) prefere classificar as dívidas em duas espécies: dívidas do falecido e dívidas póstumas, havendo, então, duas classes de credores: “credores do falecido” e “credores póstumos”; estes seriam os credores do espólio propriamente dito, porque surgidos após a morte do autor da herança. Tal denominação, porém, não nos dá a exata compreensão.

Outros autores colocam, por influência talvez da doutrina francesa, o pagamento de legados como encargos da herança. Na realidade, o legatário é um sucessor *causa mortis*. A entrega da coisa que se lhe faz não deve ser colocada como encargo de credor. Não se trata de pagamento de dívida. Assim, verdadeiramente, dívidas da herança são aquelas contraídas pelo falecido, onerando toda a massa hereditária até a partilha e descritas no art. 1.997:

“a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhes coube”.

Todas as dívidas cuja origem se localize após a morte do autor da herança são dívidas póstumas. Aqui se incluem as despesas funerárias (art. 1.998), bem como as despesas judiciais com a arrecadação e a liquidação da massa hereditária. Devem ter aplicação os princípios que regem os privilégios gerais, de acordo com o art. 965.

O princípio maior que ora se reafirma é no sentido de que a herança responde pelas dívidas do falecido. Com o inventário, não pode o herdeiro responder por dívidas que ultrapassem as forças da herança. Esse o princípio do benefício de inventário já estudado. As obrigações do morto transmitem-se aos herdeiros no limite da massa.

Não devemos distinguir quanto ao procedimento, como regra geral, sejam as dívidas do autor da herança ou póstumas. O procedimento vem regulado pelos arts. 642 e ss. do CPC. Ocorre que, muitas vezes, não há necessidade de qualquer procedimento para o cumprimento dessas obrigações, que vão sendo comprovadas documentalmente no inventário. Os credores não têm obrigação de habilitar-se nos

autos do inventário. Podem recorrer diretamente às vias ordinárias, de acordo com seus títulos.

Sucedem que, não havendo oposição dos interessados no inventário, a satisfação dos credores se fará de maneira muito menos onerosa para as partes. Por essa razão é que o art. 642 do CPC permite que “antes de partilha” os credores possam pedir ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis. A questão procedimental das habilitações dos credores já vinha delineada no § 1º do art. 1.997 do Código Civil. A habilitação do credor deve ser feita antes da partilha, enquanto permanecem a universalidade e a massa indivisa. Após a partilha, não estará o credor inibido de haver seu crédito, porém terá de fazê-lo contra os herdeiros, proporcionalmente ao que cada um recebeu do monte. Ficará, assim, por demais dificultada a ação do credor, mormente quando a herança se pulverizou em vários quinhões. O credor deverá estar atento para ingressar oportunamente no inventário, ou com a habilitação ou com a necessária ação. Os credores com garantia real não necessitarão habilitar-se.

O estatuto processual refere-se no art. 642 às dívidas vencidas e exigíveis. Contudo, o credor poderá sujeitar-se aos entraves citados se tiver uma dívida por vencer, ocorrendo seu vencimento somente após a partilha. Socorre o credor o art. 1.019, desde que tenha ele uma dívida líquida e certa por vencer, poderá habilitar-se no inventário. Com a concordância dos interessados, o juiz mandará que se faça uma separação de bens para o futuro pagamento.

Se a dívida a vencer não tiver os caracteres de liquidez e certeza, deve o credor propor as ações competentes, quanto antes, tornando a coisa litigiosa. Dessa forma, nada impede que, uma vez proposta a ação, presente o fumo do bom direito, se valha o credor do processo cautelar para que sejam separados bens necessários, caso venha o espólio a sucumbir da ação. Já dissemos que sempre que se controverter a respeito de parte da herança, enquanto não terminar a controvérsia, os bens *sub iudice* não devem ser partilhados. Se o credor for simplesmente quirografário, deve valer-se do processo de cautela para que, no futuro, não venha a ter dificuldades para haver seu crédito, porque, ultimada a partilha e divididos os bens, só lhe restará valer-se contra cada herdeiro. Trata-se da extensão do princípio que já consta do parágrafo único do art. 643 do CPC. De fato, no *caput*, o art. 643 do CPC diz que, não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, deverá este recorrer às vias ordinárias. E o parágrafo único mencionado manda que o juiz separe bens suficientes para pagar o credor, “quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação”. Portanto, havendo início de prova documental do crédito, deve o juiz determinar a separação de patrimônio dos bens do espólio.

No inventário há, pois, uma nítida distinção entre créditos admitidos pelos interessados e créditos não admitidos. Se não há documentação suficiente, não tem o juiz poder de *ex officio* determinar a reserva de bens. Nesse caso é que poderá ser útil ao credor o processo cautelar.

Dentro do próprio Capítulo 6, especificamos que o credor tem o prazo de 30 dias para propor a ação, no caso de ter ocorrido reserva de bens. É o mesmo prazo de 30 dias para o processo cautelar em geral (art. 308 do CPC), também constante no Código Civil, art. 1.997, § 2º, contado da efetivação da medida. Em qualquer das situações, quer com processo autônomo *ab initio*, quer com inadmissão no

inventário, o credor terá 30 dias a contar da efetiva separação de bens para propor a ação referente a seu direito.

O art. 643 do CPC estatui acerca da concordância de todas as partes quanto ao pedido do credor. A insurgência de qualquer interessado não pode ser meramente emulativa. Cabe ao juiz impedir esse tipo de irresignação. Cumpre o exame do caso concreto. O herdeiro, ou o interessado, que resistir injustificadamente ao pagamento de um crédito no inventário, deverá ser responsabilizado perante a massa pelos prejuízos a que der causa.

O § 1º do art. 642 do CPC refere-se à distribuição, por dependência e autuação em apenso aos autos do processo de inventário, da habilitação do credor.¹ Ressaltamos a desnecessidade de distribuição que a lei determina. Tratando-se de mero incidente, sem cunho litigioso, bastaria a simples autuação em apenso, como se faz nos processos de falência. No dizer de Hamilton de Moraes e Barros (s.d., v. 9:237), a exigência dessa distribuição por dependência é inovação infeliz nesse Código. De fato, não há necessidade de distribuição de habilitação nos processos de juízos universais, como são o inventário e a falência. Os interessados em manifestar-se sobre o pedido de habilitação variam de acordo com o inventário. Sempre deverão ser ouvidos o inventariante, o cônjuge sobrevivente e os herdeiros. Poderá haver interesse da Fazenda Pública na habilitação. Se houver participação de testamenteiro e de curador, também eles devem ser ouvidos. De acordo com o art. 645 do CPC, o legatário deve ser ouvido em duas hipóteses: quando toda herança for dividida em legados ou quando o reconhecimento da dívida importar redução dos legados. Sempre que houver dúvida acerca da redução ou não dos legados, é conveniente que se ouça o legatário.

O legatário, na verdade, não é responsável pelas dívidas da herança. Sua responsabilidade fica limitada ao valor do legado. Se o legado for absorvido pelas dívidas, caduca o legado. Se a dívida já foi relacionada pelo inventariante em suas declarações e não sofreu impugnações, nem mesmo haverá necessidade de habilitação, ficando autorizado o pagamento. Quando ocorre a habilitação, mesmo não estando o crédito perfeitamente documentado, mas sendo reconhecido sem qualquer outra formalidade para sua quitação pela massa, normalmente caberá ao inventariante fazer o pagamento, pedindo alvará para tal, se a natureza do crédito o exigir.

A Fazenda Pública não necessita habilitar-se, porque a partilha não pode ser homologada sem prova da quitação tributária de todos os bens do espólio, e de suas rendas (art. 192 do Código Tributário Nacional). Requisita-se prova de quitação na Receita Federal. Em razão disso, limitado o interesse da Fazenda a uma habilitação de terceiro, tendo ela a garantia, inclusive, de um processo executivo especial, regulado pela Lei nº 6.830/80.

Estando de acordo as partes com a admissão de crédito já exigível, nos termos do § 2º do art. 1.017, o juiz declara habilitado o credor e manda que se faça a separação de dinheiro, ou de bens suficientes para seu pagamento. Feita a separação de bens, o § 3º determina que o juiz os aliene por praça ou leilão, para a satisfação do credor. Nada impede, pelo contrário, aconselha-se, que os interessados vendam o bem mediante alvará, que certamente alcançará melhor preço. Nesse caso, se tornará necessária a

avaliação do bem, como regra geral, para a venda por preço maior ao do laudo. Se todos os interessados forem capazes e concordarem, não haverá necessidade de avaliação.

O credor pode requerer a adjudicação dos bens separados (§ 4º do art. 1.017). Adjudicar-se-ão os bens ao credor se todos estiverem de acordo. Mesmo havendo incapazes, não se obsta a adjudicação, com a fiscalização dos interessados na avaliação. O leilão poderá ser muito mais desvantajoso. Com essa adjudicação, ocorre aí uma dação em pagamento, como forma de extinção da obrigação.

O art. 646 do CPC permite que os herdeiros autorizem o inventariante a nomear os bens reservados à penhora, no processo de execução contra o espólio. Isso sem prejuízo do art. 860, que autoriza a anteriormente chamada penhora no rosto dos autos do inventário.

O credor do espólio, uma vez que tem como garantia todo o patrimônio hereditário, pode, na falta de nomeação de bens pelo devedor, pedir a penhora sobre qualquer bem da herança, como faria com relação ao patrimônio do falecido, se vivo fosse. Não se confunde o credor da herança com o credor do herdeiro (ou do legatário ou mesmo do testamentário, que tem crédito referente à vintena no inventário). O credor do herdeiro (estranho à herança) fará a penhora no rosto dos autos, na forma do art. 674, para que, após a partilha, essa penhora se efetive nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao devedor. Nada impede que o credor da herança também faça a penhora no rosto dos autos, mas trata-se de providência desnecessária, se pode ele já penhorar bem certo dentro do monte e levá-lo à excussão.

Há, também, dívidas que são exclusivas do cônjuge-meeiro, devendo responder por elas sua meação. Lembre-se de que o cessionário de direitos hereditários passa a ter os mesmos direitos do herdeiro.

Se as dívidas absorverem todo o ativo da herança, caberá ao inventariante requerer a instauração do processo de insolvência (art. 618, VIII). Abrir-se-á, então, o concurso de credores, lavrando-se um quadro de credores, com seus privilégios e preferências, de acordo com os arts. 955 a 965.

O fato de um credor ter sido admitido no inventário não altera a natureza de seu crédito; se era quirografário, continuará a sê-lo. A preferência decorrerá da própria natureza do crédito. O fato de uma herança ser insolvente não elimina a existência de herdeiros.

São póstumas as dívidas próprias do espólio. São dívidas da massa hereditária. Serão pagas em ordem anterior às dívidas do falecido, desde que estas não gozem de preferência decorrente de direitos reais. Isso se torna importante no caso de o passivo ser superior ao ativo.

Em primeiro lugar, surge a aplicação do art. 1.998. Do espólio sairá o pagamento das despesas funerárias, haja ou não herdeiros legítimos. Os sufrágios por alma do finado só obrigarão a herança, quando em testamento ou codicilo. Importante é saber da ordem de satisfação dos débitos, tendo em vista a possível insolvência. Observar-se-á a ordem de privilégio geral do art. 965.

O inciso I é uma explicitação do art. 1.997: “o crédito por despesas do seu funeral, feito sem pompa, segundo a condição do morto e o costume do lugar”. As despesas com o enterro não de ser normais. Levam-se em conta as condições do falecido. A herança não pode ser onerada com um fausto desnecessário. O herdeiro que pagar as despesas do funeral tem direito de reembolsar-se, deduzida sua parte, no inventário.

O inciso II trata do crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa. Entram aí as despesas com avaliação e manutenção dos bens hereditários. Pagamento de honorários de advogado do inventariante e honorários referentes a ações promovidas pelo espólio e contra o espólio. A herança, porém, não deve arcar com honorários de advogado para acompanhar herdeiro isolado no curso do inventário. As remunerações do inventariante dativo e do testamenteiro também saem do monte. Também recaem sobre o espólio os honorários de advogado contratado pelo testamenteiro, não saindo de sua vintena (Pacheco, 1980:128).

O inciso III fala do crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do *de cujus*, se forem moderadas. Incluem-se aí as despesas com anúncios fúnebres e comunicações.

O inciso IV inclui como despesas do espólio as referentes à doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior a sua morte. Cabe ao herdeiro ou herdeiros que arcaram com essas despesas se habilitarem para recebê-las. A dívida onera o espólio, embora a origem seja anterior à morte. A lei, a exemplo dos incisos seguintes, houve por bem criar preferência nesses casos.

Também existe privilégio para quem arcou com gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no semestre anterior ao falecimento (inciso V). Se foi um dos herdeiros, não deverá ele arcar com toda essa despesa, devendo ser rateada entre todos.

Os créditos da Fazenda gozam de privilégio especial, como vimos, embora o inciso VI se refira aos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior.

Finalmente, o inciso VII do art. 965 concede privilégio ao crédito por salário dos empregados e demais pessoas do serviço doméstico, nos seis meses derradeiros de vida do *de cujus*. Esses créditos devem ser atendidos antes dos demais créditos da herança, antes, portanto, dos créditos originados em vida pelo falecido. A matéria ganha importância quando a herança não pode atender a todo o passivo. Inobstante o privilégio, qualquer desses credores pode habilitar-se e/ou recorrer às vias autônomas. Não se altera a natureza da preferência.

A lei que instituiu o divórcio entre nós, Lei nº 6.515/77, dispôs no art. 23 que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.² Veja o que falamos a respeito no estudo dedicado ao Direito de Família. Contudo, em nenhuma hipótese o patrimônio dos herdeiros poderá responder por alimentos transmissíveis, uma vez feito o inventário.

Uma vez ultimada a partilha, a responsabilidade de cada herdeiro circunscreve-se a seu quinhão. Se

o credor não acionou o espólio, só pode cobrar de cada herdeiro proporcionalmente a sua parte na herança. Não se estabelece solidariedade entre os herdeiros. As questões atinentes à obrigação indivisível dirimem-se de acordo com as regras próprias (Venosa, *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, Cap. 6).

Como vimos, o legatário não é responsável pelas dívidas da herança. Concorre com as despesas para a entrega do legado, se não dispôs diferentemente o testador. Pode, quando muito, ver seu legado absorvido pelas dívidas. O art. 1.999 determina que, na ação regressiva entre os vários herdeiros, a parte do herdeiro insolvente deve ser dividida em proporção entre os demais. Todos suportam igual prejuízo. Aplica-se o dispositivo toda vez que um herdeiro, por qualquer razão, pagar dívida da herança.

O art. 2.001 determina que a dívida do herdeiro para com o espólio será partilhada igualmente entre todos, “*salvo se a maioria consentir que o débito seja imputado inteiramente no quinhão do devedor*”. Assim, só haverá compensação do herdeiro devedor com o que tem a receber no espólio, se a maioria dos demais consentirem. Melhor seria que a lei falasse no consentimento de todos os demais herdeiros. A maioria pode não impedir uma fraude. Como bem lembra Sílvia Rodrigues (1978, v. 7:313), a lei é imprecisa porque não especifica se a maioria é quantitativa ou qualitativa dos herdeiros. Devemos entender que é a maioria dos “quinhões” hereditários. Quem recebe maior porção hereditária terá mais peso na decisão.

Outra consequência desse dispositivo é que o herdeiro não se pode opor a que se inclua em seu quinhão sua dívida para com o *de cuius*, porque não pode impedir que a dívida seja paga. Esse é o entendimento de Sílvia Rodrigues (1978, v. 7:314). Washington de Barros Monteiro (1977, v. 6:324), a nosso ver sem razão, entende que o herdeiro devedor pode opor-se à decisão da maioria, para não haver compensação. Baseia-se esse autor no termo *consentir* da lei, que implicaria prévio pedido de imputação do débito por parte do devedor. A razão do art. 2.001 é equilibrar a partilha, porque, se houvesse compensação automática, os herdeiros não devedores do espólio poderiam ficar sujeitos a créditos menos seguros, menos solváveis do que esse que se operaria pela compensação. O herdeiro devedor seria beneficiado com uma quitação que poderia prejudicar os demais herdeiros, os quais, em tese, poderiam não receber seus quinhões na integralidade, por não conseguirem receber os outros créditos. Por isso que, como regra geral, partilha-se o débito do herdeiro como se fosse de um estranho.

O art. 2.000 tem pequena aplicação prática e diz respeito também à separação de patrimônios:

“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.”

Os credores podem ter interesse na divisão do patrimônio, com discriminação completa, por se

mostrarem as declarações do inventário insuficientes para tal finalidade. O objetivo do artigo é possibilitar o pagamento das dívidas, sem interferência de bens dos herdeiros. Os credores da herança têm preferência sobre os credores do herdeiro. Essa é a noção importante fixada na segunda parte do artigo. O legatário também tem preferência no recebimento de seu legado, aos credores dos herdeiros. O legatário, em síntese, também é um credor especial da herança, com direitos a serem atendidos após os direitos dos credores do monte. Lembre-se de que só recebe depois de satisfeitos os credores da herança e se ainda sobrar o suficiente para atender à legítima dos herdeiros necessários. Essa separação de que trata o dispositivo não altera a situação dos credores legatários. Apenas facilita o exercício de seus direitos. Os legatários e credores da herança não necessitam agir coletivamente; qualquer um deles pode recorrer ao expediente narrado no art. 2.000, operando a separação em favor dele (Leite, 2003:744).

¹ “Apelações – Habilitação de crédito em inventário – Processo extinto com fundamento no art. 267, IV do CPC/1973, sem condenação em honorários advocatícios. Apelo de ambas as partes. Inconsistência dos reclamos. A habilitação de crédito nos autos do inventário constitui mera faculdade atribuída ao credor, nos termos do art. 1.017, do CPC/1973. Existência, no caso, de monitoria na fase de cumprimento do julgado, ajuizada pela credora objetivando o recebimento de seu crédito. Indevida reprodução de pretensões idênticas mediante procedimentos judiciais diversos. Precedentes. Demanda de jurisdição voluntária. Condenação em honorários descabida. Sentença confirmada. Negado provimento aos recursos” (TJSP – Ap 0003211-19.2010.8.26.0576, 6-6-2016, Rel^a Viviani Nicolau).

“Agravos de instrumento – Inventário – **Habilitação de crédito** – Impugnação – Discordância de uma das partes – Determinação de remessa das partes aos meios ordinários – Reserva de bens – Possibilidade – Garantia de satisfação do crédito – Existência de prova documental – Decisão mantida – Recurso improvido” (TJSP – AI 2057459-72.2013.8.26.0000, 7-3-2014, Rel. Luiz Antonio Costa).

“**Inventário. Habilitação de crédito.** Interposição de agravo de instrumento. Erro grosseiro. “Recurso especial. Habilitação de crédito em inventário. Sentença. Interposição de agravo de instrumento. Erro grosseiro. 1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. Ocorre erro grosseiro na interposição de recurso quando (i) a lei é expressa ou suficientemente clara quanto ao cabimento de determinado recurso, e (ii) inexistem dúvidas ou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível para atacar determinada decisão. 3. Para que se admita o princípio da fungibilidade, portanto, deve haver uma dúvida fundada em divergência doutrinária e/ou jurisprudencial – uma dúvida objetiva, que também deve ser atual. 4. Os recorridos cometeram um erro grosseiro ao interpor recurso de agravo contra a decisão da habilitação de crédito porque não há dúvidas de que se trata de uma sentença e, portanto, sujeita à apelação. 5. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal diante do erro grosseiro. 6. Recurso especial provido” (STJ – REsp 1.133.447 – (2009/0065314-2), 19-12-2012, Rel^a Min. Nancy Andriighi).

“Agravos de instrumento – **Reserva de bens em habilitação de crédito** – Inventário – Sentença que determinou discussão nas vias ordinárias e ordenou reserva de bens. Incidência do artigo 1.018 e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Reserva de bens necessária. Decisão mantida. Recurso não provido” (TJSP – AI 0072377-52.2012.8.26.0000, 20-8-2012, Rel^a Silvia Serman).

² “Direito civil e processual civil – Recurso Especial – Omissão, contradição ou obscuridade – Inexistência – Cobrança de dívida divisível 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**, e não necessariamente no limite de seu quinhão hereditário – Adoção de conduta contraditória pela parte – Inadmissibilidade – 1 – Com a abertura da sucessão, há a formação de um condomínio necessário, que somente é dissolvido com a partilha, estabelecendo o quinhão hereditário de cada beneficiário, no tocante ao acervo transmitido. 2 – A herança é constituída pelo acervo patrimonial e dívidas (obrigações) deixadas por seu autor. Aos credores do autor da herança, é facultada, antes da partilha dos bens transmitidos, a habilitação de seus créditos no juízo do inventário ou o ajuizamento de ação em face do espólio. 3 – Ultimada a partilha, o acervo outrora indiviso, constituído pelos bens que pertenciam ao de cujus, transmitidos com o seu falecimento, estará discriminado e especificado, de modo que só caberá ação em face dos beneficiários da herança, que, em todo caso, responderão até o limite de seus quinhões. 4 – A teor do art. 1.997, caput, do CC c/c o art. 597 do CPC [ao], feita a partilha, cada herdeiro responde pelas dívidas do falecido dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube, e não necessariamente no limite de seu

quinhão hereditário. Dessarte, após a partilha, não há cogitar em solidariedade entre os herdeiros de dívidas divisíveis, por isso caberá ao credor executar os herdeiros pro rata, observando a proporção da parte que coube (quinhão), no tocante ao acervo partilhado. 5 – Recurso especial não provido” (STJ – REsp 1.367.942 – (2011/0197553-3), 11-6-2015, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“Embargos de declaração em agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Notas promissórias. Decisão que indefere a expedição de carta de adjudicação, até solução de incidente de falsidade instaurado no curso do respectivo inventário, e determina a realização de perícia para avaliação dos bens constantes da carta, ressaltando a necessidade de resguardo dos interesses de menor envolvido no feito. Insurgência do exequente, sob o argumento de que tais questões restaram preclusas, pois não foram objeto dos embargos de devedor opostos pelo agravado, bem como pela participação do Ministério Público em todas as etapas do processo. **O devedor responderá pelo pagamento das dívidas na proporção de seu quinhão**, nos termos do disposto no artigo 1.997 do Código Civil de 2002, sendo possível a penhora da dívida apurada no rosto dos autos do inventário. Entretanto, enquanto não realizada a partilha, os bens que compõem o monte não estão individualizados, portanto, somente o Juízo orfanológico tem competência para a avaliação e partilha dos bens do espólio, não podendo outro Juízo determinar a forma como os bens serão distribuídos entre os herdeiros, assim como seus respectivos quinhões. Demais questões referentes à realização da perícia grafotécnica que se afastaram do objeto do agravo, eis que determinada em processo diverso. Provimento parcial ao recurso. Acórdão embargado que não incidiu em qualquer das hipóteses elencadas no artigo 535 do CPC. Negado provimento aos embargos” (TJRJ – Acórdão EDcl no Agravo de Instrumento 0051224-89.2011.8.19.0000, 18-1-2012, Rel. Des. Patricia Serra Vieira).

“**Civil e processual civil** – Apelação cível em ação de alimentos – Companheira que requer o reconhecimento de união estável – Morte do promovido no decorrer do curso processual, sem que tenha havido condenação ao pagamento de alimentos em caráter exauriente – Fato que enseja a extinção da ação, sem resolução de mérito – CPC, art. 267, IX – Obrigação de natureza personalíssima, intransmissível aos herdeiros – Sentença confirmada. 1 – O direito a alimentos é personalíssimo, irrenunciável e intransmissível, não se transmitindo aos herdeiros do devedor, de onde se extrai que, com a morte do alimentando, extingue-se a obrigação de prestar alimentos, dada a natureza pessoal da obrigação. 2 – Com o advento do art. 1.700 do Código Civil de 2002, que passou a dispor que ‘a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694’, a doutrina e jurisprudência firmaram-se no sentido de que tal dispositivo não retirou o caráter personalíssimo dos alimentos, nem mesmo os tornou transmissíveis aos herdeiros do alimentante, afirmando que a obrigação dos herdeiros abrange apenas os débitos de natureza alimentar vencidos até a data do óbito, e não a condição de alimentante. Precedentes. 3 – Com isso, falecendo o alimentante no curso de ação de alimentos, sem que tenha havido decisão de cunho exauriente, deve-se extinguir a ação, sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, IX, do Estatuto Processual Civil. 4 – Apelação Cível conhecida e improvida” (TJCE – Ap. 6470-74.2001.8.06.0000/0, 30-8-2010 – Rel. Des. Francisco Barbosa Filho).

“**Embargos à execução**. Falecido. Dívida. Responsabilidade herança. Alienação bem. Fraude. Multa. Quer nos termos do artigo 1.796, CC/16, quer nos termos do artigo 1.997, CC/2002, a herança e herdeiros respondem pela dívida do falecido até o limite da sua cota parte. Configurada a fraude à execução, correta a aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos dos artigos 600, inciso I, e 601 do CPC” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0443.05.021942-9/001, 24-6-2010, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes).

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 18.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971. 2 v.
- ALVIM, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito. *Inventários e partilhas*. 14. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1985.
- _____; _____. 16. ed. 2003.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- AZEVEDO, Armando Dias. *O fideicomisso no direito pátrio*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- BARASSI, Lodovico. *Le successioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1944.
- BARREIRA, Dolor. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, s.d. v. 9.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1939. v. 4 e 6.
- _____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio (Edição Histórica), 1977.
- _____. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. (Edição Histórica). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987. 2. v.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: 2000, v. 6.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no código civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, s.d.
- _____. *Obrigações de pagamento em dinheiro: aspectos da correção monetária*. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.
- CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CICU, Antonio. *Successioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954.
- _____. *El testamento*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. *O concubinato*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, H. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1934.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957.
- COVIELLO, Leonardo. *Successione legitima e necessaria*. Milão: Giuffrè, 1937.
- CUQ, Edouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1928.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983. 6 v.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- FARIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970. v. 1.
- FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. *Imposto sobre transmissão causa mortis e doação – ITCMD*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

- JOB, João Alberto Leivas. *Da nulidade da partilha*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- _____. *Derecho civil*, parte general. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.
- LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1962.
- MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito das sucessões no novo código civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. 3 v. MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*. Paris: Recueil Sirey, 1932.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. 60 v.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 6.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. 3 v.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.
- OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 6.
- PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatroz, 1970.
- PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1937.
- PORTO, Mário Moacyr. Teoria da aparência e herdeiro aparente. *Ação de responsabilidade civil e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- PRATS, Celso Affonso Garreta. *Sucessão hereditária: vocação dos colaterais*. São Paulo: Atlas, 1983.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- _____. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Edusp, 1973.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7.
- _____. *Direito das sucessões*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 3.
- SOARES, Orlando. *União estável*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. São Paulo: Método, 2015.
- VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 1.
- _____. *Direito civil: Obrigações e Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 2.
- _____. *Direito civil: Contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 3.
- _____. *Direito civil: Reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 4.
- _____. *Direito civil: Família*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 5.
- _____. *Direito civil: Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 6.
- _____. *Direito Empresarial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Teoria e prática do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ZANI, Virgílio. *Le successioni ereditarie*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1937.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma, 1974. v. 1.