

SUCESSÃO LEGÍTIMA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Euclides de Oliveira

Advogado de Família e Sucessões.

Doutor em Direito Civil pela USP.

Vice-Presidente do IBDfam em São Paulo.

Autor de livros jurídicos.

I O DIREITO DAS SUCESSÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Todos sabemos da importância do ordenamento civil brasileiro, agora remodelado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, trazendo grandes mudanças que exigem estudo, reflexão e debates para sua compreensão e natural aperfeiçoamento.

Como ensina o Professor Miguel Reale, que presidiu a comissão idealizadora do projeto que se transformou na Lei n. 10.406, seus princípios básicos são a eticidade, a operatividade e a sociabilidade, contrariando aquelas antigas praxes que serviram ao vetusto Código de 1916 e que se inspiravam em costumes, moral e realidades totalmente diferentes, oriundos do final do século XIX.

Vamos analisar as alterações introduzidas no Direito das Sucessões no capítulo de suas disposições gerais, com os lineamentos básicos das espécies de transmissão dos bens, vocação hereditária, formalidades para cessão da herança, posição sucessória do companheiro e a ordem da vocação hereditária na sucessão legítima. O aprofundamento da matéria, com o estudo da sucessão legítima e da sucessão testamentária, fica reservado para outra oportunidade.

Quando se pensa em morte, em desaparecimento de alguém, logo vem um sentimento de irreparável tristeza e dor pela perda, especialmente quando se trata de um ente querido. De outro lado,

porém, a morte traz uma como que continuidade da vida do extinto no que se refere aos seus bens, que de imediato se transmitem aos sucessores legítimos ou testamentários. Essa transmissão dá-se na forma determinada pelo autor da herança, se deixou testamento ou codicilo como ato de última vontade. Ficam os sobreviventes, portanto, sujeitos à vontade dos mortos no que tange ao recebimento de seu patrimônio. Há como que uma imortalidade do titular dos bens, no aspecto de direcionar sua posse, de transmiti-la a certas pessoas e sob certas condições, o que bem demonstra a importância do Direito Sucessório. Quando se fala que o Código Civil rege a nossa vida desde o nascimento até a morte, é uma meia verdade, pois, mais que isso, a lei estende seus efeitos para depois da morte da pessoa, na esfera patrimonial e da sucessão hereditária.

2 FUNDAMENTOS LEGAIS

O Direito das Sucessões tem fundamento na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXX, que consagra o direito de herança. Trata-se, portanto, de direito fundamental, que não pode ser negado pela legislação infraconstitucional.

A matéria é tratada no Livro V do vigente Código Civil, entre os artigos 1.784 a 2.027, compreendendo os títulos: Disposições Gerais, Sucessão Legítima, Sucessão Testamentária, Inventário e Partilha.

Na esfera processual, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil, artigos 982 a 1.045.

3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO CAUSA MORTIS: LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

A sucessão *causa mortis* consiste na transmissão dos bens da pessoa falecida aos seus herdeiros, que podem ter essa qualificação em virtude da lei ou por força de testamento. Também ocorre sucessão no caso de ausência de uma pessoa, desaparecimento sem deixar vestígios, sem dar notícias do seu paradeiro e sem deixar quem a represente. Uma vez declarada judicialmente a ausência, dá-se a sucessão provisória nos seus bens, tornando-se definitiva depois de certo tempo, diante da morte presumida do ausente.

Note-se que a ausência é tratada na Parte Geral do novo Código Civil, e não no Livro do Direito de Família e muito menos no Direito das Sucessões. Acha-se no Título das Pessoas Naturais, artigos 6º e 7º, com regulamentação da sucessão provisória e da sucessão definitiva nos artigos 22 a 39. Houve mudança na colocação da matéria, que, no Código anterior, abrigava-se no Direito de Família.

Assim, ocorrendo a morte ou a ausência de uma pessoa, dá-se a sucessão hereditária, também chamada de *mortis causa*. São duas as vertentes do Direito Sucessório, que existiam no Código velho e se mantêm no novo: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. A primeira dá-se em virtude da lei, que estabelece a ordem da vocação hereditária: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais até o 4º grau, além do companheiro. A outra espécie de sucessão denomina-se testamentária porque decorre da manifestação de vontade deixada pelo testador, dispondo sobre seus bens e quem sejam os sucessores.

Havendo testamento, prevalece a sucessão testamentária, ante a primazia da vontade do testador sobre a disposição da lei. Ressalva-se, porém, a metade da herança, chamada de legítima, a que têm direito os herdeiros necessários. Compreende-se nessa especial categoria de herdeiros os descendentes

e os ascendentes do falecido e, por disposição do novo Código Civil, também o cônjuge sobrevivente.

A inclusão do cônjuge como herdeiro necessário constitui importante novidade, com reflexos na forma de atribuição da herança. Sem falar que o cônjuge passou a ter participação na herança junto com os descendentes, dependendo do regime de bens adotado no casamento. Isso atinge mesmo as pessoas casadas antes da vigência do novo Código Civil, com alterações, portanto, das anteriores expectativas de direitos entre as partes. Veja-se que, no regime do Código Civil de 1916, o cônjuge poderia fazer um testamento dispondo dos bens em favor de terceiros, sem contemplar o cônjuge. Agora, o testamento continua possível, mas com restrição, não podendo alcançar a porção da herança reservada ao cônjuge como herdeiro necessário.

4 TERMOS BÁSICOS

Cumprе destacar alguns termos básicos sobre a sucessão hereditária, para facilitar e encaminhar a exposição da matéria.

Principal personagem é o autor da herança, como se denomina o falecido ou desaparecido, findo, extinto. Processualmente, o falecido é chamado de inventariado. Também se conhece por *de cujus*, ou seja, aquele de cuja herança se trata. Mas é preciso cuidado com o latim forense, para não fazer como o advogado bisonho que entrou com uma petição de inventário, dizendo que morreu o *de cujus* Fulano de Tal, tendo deixado uma “de cuja” e dois “de cujinhos”...

Entende-se por herança o conjunto dos bens deixados pelo falecido. Não confundir com espólio, que é a herança do ponto de vista processual ou formal. Enquanto existir inventário, até a partilha, os bens da herança formam um espólio, que é a massa, ou a universalidade dos bens declarados em juízo. O espólio é representado pelo inventariante, que é a pessoa nomeada pelo juiz para atuar no inventário, administrar os bens e prestar contas dos seus atos aos interessados na herança, até que se efetue a partilha.

Na apuração da herança, aparta-se, primeiro, a meação atribuída ao cônjuge sobrevivente, sobre os bens comunicáveis, na pendência do regime de bens em que se casara. O que sobra é a herança, atribuível aos sucessores legítimos ou testamentários.

A transmissão dos bens da herança dá-se logo após a morte do titular. Aplica-se o chamado *droit de saisine*, originário do Direito francês, segundo o qual o morto transmite seus bens ao vivo, por consequência automática e imediata, independentemente da abertura do inventário, que se dá posteriormente, para mera formalização do ato transmissivo.

Como sucessores, distinguem-se: a) o herdeiro, sucessor a título universal, que recebe a totalidade da herança (se for único) ou parte ideal em todos os bens (se houver mais de um herdeiro); e b) o legatário, sucessor a título singular, que recebe coisa certa e determinada (legado), por disposição testamentária.

Quanto ao procedimento judicial para a transmissão dos bens, têm-se o inventário e sua forma simplificada, que é o arrolamento, aplicável para os casos de acordo ou de herança de pequeno valor.

5 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Entende-se por vocação hereditária o chamamento de pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido. Pode dar-se por disposição legal, como ocorre na sucessão legítima, em que os herdeiros são chamados segundo a ordem da vocação hereditária. Ou pode ocorrer o chamamento dos herdeiros previstos em testamento, e bem assim dos legatários, por disposição de vontade do autor da herança.

Inova, o Código Civil, ao tratar da vocação hereditária em capítulo próprio, a partir do artigo 1.798, explicitando os requisitos pessoais para legitimação à sucessão e normas especiais sobre a capacitação para ingresso na sucessão testamentária. A matéria era de pouco trato no Código revogado, com previsões apenas de aquisição por testamento, por pessoas existentes ao tempo da morte do testador, que não fossem declaradas incapazes, ou por indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo disposição em favor de prole eventual (arts. 1.717 e 1.718).

Primeira regra a legitimar a vocação hereditária é que a pessoa seja nascida ou já concebida no momento da abertura da sucessão. Atende-se, portanto, ao direito do nascituro, que a lei resguarda desde o momento da concepção (art. 2º do Código Civil). Neste ponto, porém, nota-se que o Direito Sucessório não se estende aos filhos concebidos *post mortem*, que a lei presume como sendo do autor da herança nas hipóteses de reprodução assistida por fecundação artificial homóloga, uso de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga, ou inseminação artificial heteróloga com prévia autorização do marido, conforme disposto no artigo 1.597, incisos III a V, do mesmo Código. Ou seja, haverá situação, em tais casos, de filhos havidos após a morte do autor da herança, como tais considerados no plano do Direito de Família, porém sem o abrigo do direito aos bens no Direito Sucessório.

Tocante à sucessão testamentária, o Código vigente resolve antigo questionamento sobre a extensão temporal do conceito de prole eventual, a saber até quando se lhe garante a vocação hereditária. Por disposição de seu artigo 1.799, inciso I, com explicitação no artigo 1.800, tem-se que a nomeação, pelo testador, para sucedê-lo, de filhos ainda não concebidos de pessoas por ele designadas e vivas ao abrir-se a sucessão, somente prevalece pelo prazo de dois anos. Passado esse prazo, que se conta da data da abertura da sucessão, os bens do nascituro, que se achavam confiados a um curador, caberão aos herdeiros legítimos (salvo hipótese de substituição testamentária).

Habilitam-se, também, como sucessíveis por testamento, as pessoas jurídicas, bem como as que o testador determinem que venham a ser constituídas sob a forma de fundação (art. 1.799, incs. II e III).

Ainda nesse capítulo, o Código Civil enumera impedimentos para recebimento da herança ou de legado por testamento (art. 1.801), que melhor caberiam no título próprio para esta espécie de sucessão. O mesmo se diga da disposição contida no artigo 1.803, que formaliza entendimento da Súmula n. 477 do Supremo Tribunal Federal, tocante à licitude de deixar ao filho de concubino, com a condição de que também o seja do testador.

6 EXCLUSÃO DA SUCESSÃO: RENÚNCIA, INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Embora a herança deva transmitir-se logo em seguida à abertura da sucessão (princípio do *droit de saisine*, adotado no art. 1.784 do Código Civil), tal consequência pode não advir em razão de exclusão do direito de herança, por ato de vontade do herdeiro (renúncia) ou por determinação legal (indignidade ou deserdação).

O artigo 1.804 do Código Civil dispõe que a transmissão da herança torna-se definitiva com a sua aceitação, e tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

A renúncia constitui voluntário repúdio à herança e, por ser uma recusa ao recebimento dos bens, exige formalização expressa, por escritura pública ou termo judicial (art. 1.806 do Código Civil).

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

Trata-se, no caso, de exclusão voluntária da herança, em vista de expressa manifestação de vontade de quem teria direito a recebê-la, por situado na ordem prioritária de chamamento.

Mas a exclusão do herdeiro pode também ocorrer por fato estranho à sua vontade, desde que pratique determinados atos considerados por lei como ofensivos à pessoa de quem ele sucederia. Compreendem-se como tais os casos de indignidade, previstos no artigo 1.814 do Código Civil, e de deserdação, catalogados a partir do artigo 1.961 do mesmo Código.

Observa-se que o novo ordenamento ampliou consideravelmente as hipóteses de comportamento indigno, passíveis de exclusão da herança, fazendo incluir a prática de homicídio ou de tentativa de homicídio doloso não só contra a pessoa de cuja sucessão

se tratar, mas, também, contra seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Continuam previstas outras causas de indignidade, relativas a denúncia caluniosa ou crimes contra a honra do falecido, agora também incidentes para ofensas ao seu cônjuge ou companheiro. E também se pune com a exclusão a prática de violência ou de meios fraudulentos para inibição da vontade do testador.

Dando-se a declaração de indignidade, que depende de sentença em ação própria, o herdeiro é considerado como se morto fosse, procedendo-se à atribuição de sua quota aos eventuais descendentes, que herdaram por stirpe (art. 1.816 do Código Civil).

Quanto às causas de deserdação, que se condicionam a expressa disposição testamentária, referem-se a determinados atos de ingratidão dos herdeiros necessários, em relação ao autor da herança. Se não houver herdeiros necessários, subsistindo apenas, como sucessores, o companheiro sobrevivente ou colaterais, assim como na falta de qualquer parente sucessível, o testador pode determinar a atribuição dos bens a quem lhe aprouver, independentemente de determinação da causa (art. 1.850 do Código Civil).

Consideram-se causas de deserdação dos descendentes e dos ascendentes, além daquelas que servem à indignidade, determinadas infrações de conduta, como ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com afins do autor da herança e abandono material do ascendente ou do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Não mais consta do rol, agora tipificado nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, a discriminatória referência do Código revogado (art. 1.744, inc. III) à “desonestidade da filha que vive na casa paterna”.

Enseja reparo a omissão do legislador às causas de deserdação do cônjuge. A este se aplicam, com certeza, as causas que servem à indignidade, mas não as demais, relativas unicamente à deserdação dos descendentes e ascendentes, o que significa uma falha de previsão legislativa, pois é bem possível venha o cônjuge a incidir numa daquelas condutas, que seriam naturalmente gravosas à pessoa do autor da herança, tanto quando o são para os parentes mencionados.

7 CESSÃO DA HERANÇA

Constitui inovação do vigente Código a regulamentação da cessão de direitos hereditários, conforme se verifica dos seus artigos 1.793 a 1.795.

Aberta a sucessão, os bens da herança transmitem-se em bloco aos sucessores legítimos ou testamentários. A herança é considerada um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Enquanto não efetuada a partilha, os co-herdeiros exercem a posse e a propriedade dos bens como condôminos, uma vez que a herança é considerada um bem indivisível.

Por tais razões, e considerando-se que a sucessão aberta é tida, por ficção legal, como espécie de bem imóvel (ainda que seja constituída de bens móveis por sua substância), efetua-se a cessão do direito hereditário mediante a forma solene de escritura pública. É como previsto no Código Civil, pela só referência à escritura pública, o que impediria utilização de instrumento particular, resolvendo-se, com isso, antiga pendência doutrinária sobre a forma daquele ato transmissivo de bens. Há que considerar, no entanto, que mais adiante, ao tratar da renúncia da herança, o Código possibilita seu exercício tanto por escritura pública como por termo nos autos do processo de inventário. Daí pode extrair-se conclusão paralela para a hipótese de renúncia imprópria, de caráter transmissivo dos bens em favor de outrem, a caracterizar cessão de direitos.

Se a renúncia abdicativa, que representa um *plus* em relação à renúncia translativa (ou seja, cessão da herança), pode ser feita por petição tomada por termo nos autos, por que não se admitir o mesmo procedimento para o ato de finalidade transmissiva dos bens, porquanto a solenidade do procedimento em juízo é igual ou mesmo superior à verificada na outorga por escritura pública? Pode-se argumentar, contrariamente, com o caráter negocial da cessão de direitos hereditários, a exigir instrumentação notarial, mas, em resposta, tem-se a permissão legal até mesmo da partilha amigável dos bens, que, não obstante o típico caráter negocial, também se admite por termo nos autos, além das formas da escritura pública e do escrito homologado pelo juiz.

O objeto da cessão pode ser o direito à sucessão aberta ou o quinhão de que disponha o herdeiro. Pode conceituar-se como cessão de direitos o negócio jurídico *inter vivos*, celebrado depois da abertura da sucessão, entre o herdeiro (cedente) e outro herdeiro ou terceiro (cessionário), pelo qual o cedente transfere ao cessionário, a título oneroso ou gratuito, parcial ou integralmente, a parte que lhe cabe na herança. Todos os herdeiros são co-proprietários dos bens da herança, condôminos, e por isso podem dispor dos seus direitos hereditários, embora ainda sem a individualização dos bens (exceto no legado, por ser coisa certa e determinada pelo testador).

Embora com previsão específica para cessão de direitos hereditários, também se aplicam as mesmas disposições legais, por interpretação extensiva, à cessão de direitos de meação pelo cônjuge ou pelo companheiro sobrevivente.

Note-se que a cessão é típico ato *post mortem*. Não pode ser feita antes de aberta a sucessão, por configurar *pacta corvina*, ou seja, contrato versando sobre herança de pessoa viva, sobre o que incide expressa vedação no artigo 426 do Código Civil.

Difere, a cessão, da renúncia da herança, pois esta tem natureza abdicativa, pela não aceitação da herança, enquanto a primeira é de cunho translativo dos direitos hereditários, pressupondo aceitação e transmissão do Direito Sucessório. Mas se a cessão for gratuita e em favor de todos os herdeiros, iguala-se, em seus efeitos, à renúncia abdicativa.

Havendo disposição testamentária com cláusula de inalienabilidade, estará determinada a indisponibilidade dos bens transmitidos por herança, o que significa óbice ao direito de cessão.

Haverá necessidade de outorga conjugal para a cessão de direito de herança pelo herdeiro casado? A resposta é positiva, uma vez que se cuida de alienação de bem considerado de natureza imóvel. Mas o novo Código estabelece exceções para os casos de união conjugal sob o regime da separação convencional de bens ou, se houver previsão no pacto, também no regime da participação final nos aquestos.

E na união estável? Não há determinação legal de consentimento do companheiro para que o ou-

tro aliene bens, mas será recomendável sua presença no ato, para expressar anuência, ou, se for o caso, declaração de que o alienante não vive em união estável, para que se evitem futuros litígios por parte do companheiro que se sinta prejudicado com o ato de cessão de direitos em que tivesse interesse patrimonial.

Fez bem, o legislador, em esclarecer que a cessão limita-se aos direitos declarados no ato de transmissão, não abrangendo eventuais outros direitos conferidos ao herdeiro cedente em consequência de substituição ou de direito de crescer.

A lei considera ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente. Ou seja, a cessão faz-se a título universal, abrangendo toda a herança ou parte ideal dela. Não é possível individualizar bens a serem transmitidos enquanto não celebrada a partilha. Claro está que, depois da partilha, cessado o estado de indivisão, o herdeiro assume a titularidade do bem recebido, ou da fração que lhe cabe, com liberdade para atos de alienação que se caracterizam, então, como típica compra e venda.

A disposição de ineficácia da cessão de coisa singular, ou de qualquer bem componente do acervo hereditário, enquanto pendente a indivisibilidade, tem aplicação aos demais herdeiros, presumindo, como é óbvio, que não se trate de herdeiro único. Mas se a hipótese for esta, de uma só pessoa com direito à herança, parece claro que não prevalecerá a vedação legal, permitindo-se ao interessado ceder o seu direito sobre toda a herança ou sobre bem por ele determinado. Veja-se que, mesmo em outras situações de interesses de diversos sucessores, abre-se a possibilidade da cessão de direitos sobre coisa certa da herança mediante autorização do juiz do processo. Assim sendo, se houver interesse e concordância de todos, nada obstará a que o juiz autorize a cessão de um bem singularizado, expedindo alvará para que se passe a escritura nesses termos.

É assegurado o direito de preferência dos co-herdeiros, na cessão feita por um dos herdeiros a pessoa estranha à sucessão. O procedimento é análogo ao que se dá entre condôminos. Faz-se necessário dar ciência da cessão aos demais herdeiros,

para recebimento da quota hereditária sob cessão, nas mesmas condições de preço e forma de pagamento oferecidas a outrem. Na falta de conhecimento da cessão, o co-herdeiro preterido poderá, depositando o preço, haver para si a quota cedida ao estranho, se o requerer no prazo de 180 dias após a transmissão. Havendo vários herdeiros interessados, terão direito a ficar com o bem na proporção das respectivas quotas hereditárias.

No aspecto fiscal, cabe apontar que a cessão de direitos hereditários, por ser ato transmissivo de bem imóvel, sujeita-se ao correspondente imposto de transmissão (ITBI, se a cessão for onerosa, ou ITCMD, se gratuita, equivalendo a doação).

8 HERDEIRO APARENTE

Diz-se aparente o herdeiro que ostente essa qualidade perante terceiros, muito embora não possua efetivamente direito à herança. Se tal herdeiro estiver na posse da herança e praticar atos que afetem os bens sob sua administração, como ficam os terceiros que com ele venham a contratar? Seriam válidos os atos assim praticados?

A lei procura resguardar, em tais situações, os direitos de terceiros de boa-fé, para os quais o ato de disposição praticado pelo herdeiro aparente mantém sua eficácia, ainda que em prejuízo dos que efetivamente tivessem direito à percepção da herança, restando-lhes a reparação indenizatória a cargo do herdeiro que cometeu o ato ilícito.

A matéria era tratada no artigo 1.600 do Código Civil de 1916, em seqüência a disposições sobre a exclusão do direito à herança por indignidade. De modo semelhante dispõe o artigo 1.817 do Código Civil em vigor, mencionando que são válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé e os atos de administração praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão. Acrescenta, em parágrafo único, que o excluído da sucessão se obriga a devolver os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver recebido, embora com direito a ser indenizado das despesas com sua conservação.

A teoria da aparência, que serve de fundamento a essas disposições, com lastro na boa-fé de terceiro que contrate com o herdeiro excluído, não se esgota com a casuística inerente à exclusão da herança por indignidade. Trata-se de princípio geral de Direito, esse de proteger-se a boa-fé na preservação da validade dos atos jurídicos, possibilitando, assim, sua extensão para situações similares, de exclusão da herança por deserção, abrangendo causas não previstas para a indignidade.

Também possível invocar-se o mesmo princípio para garantia da inteireza de atos praticados por quem, supostamente, exiba ares de herdeiro, provocando o erro de terceiros que com ele contratem de boa-fé, como se dá nas hipóteses de simples “filho de criação” que se suponha, falsamente, ter sido registrado pelo autor da herança, ou nos casos de herdeiro situado na ordem da vocação hereditária mas preterido por outro de classe ou grau mais próximo, cuja existência se desconhecia até a prática do ato dispositivo de bens pelo herdeiro aparente.

O toque de pedra na aferição da validade dos atos é a boa-fé do adquirente. Também se leva em conta o fato de ter ou não havido a exclusão do herdeiro por sentença, uma vez que, após esse reconhecimento judicial com eficácia *erga omnes*, não se pode admitir boa-fé de terceiros que, no momento da contratação, hajam desprezado cautelas mínimas de aferição dos antecedentes judiciais do outro contratante.

Bem se percebe que a matéria é complexa, resente-se de melhor previsão no texto legal e por isso enseja divergências interpretativas conforme os elementos circunstanciais de cada situação concreta.

Conforme a situação, os efeitos jurídicos do ato praticado pelo herdeiro aparente podem ser conhecidos e declarados nos próprios autos do processo de inventário, por força de sua *vis atractiva*, nos termos do artigo 984 do Código de Processo Civil. Subsistindo, porém, dúvidas que exijam dilação probatória, configura-se questão de alta indagação, a ser relegada para exame nas vias ordinárias.

9 ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Na sucessão legítima, obedece-se à ordem da vocação hereditária, prevista na lei. Nesse ponto, houve sensíveis alterações no novo Código Civil, pela valorização dada ao cônjuge na concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido.

Em primeiro lugar estão os descendentes, que são os filhos, os netos, pela ordem de proximidade. Não importa a natureza da filiação, se natural e civil, ante o princípio da igualdade no tratamento dos filhos, que não podem ser discriminados como legítimos, ilegítimos ou adotivos.

A evolução da ciência genética levou a outras espécies de filiação, por inseminação artificial ou por reprodução assistida, que também são previstas no novo Código Civil, ao tratar das hipóteses de presunção da paternidade.

Questão controvertida será a decorrente de aproveitamento de embriões excedentários após a morte do autor da herança, uma vez que a transmissão de bens só se assegura aos sucessores existentes na data da abertura da sucessão, mas com ressalva de direitos ao nascituro, ou seja, ao fruto da concepção ocorrida antes do óbito do autor da herança.

Na subsequente ordem da vocação hereditária, não havendo descendentes, situam-se os ascendentes, que são os pais, avós etc., observada a preferência dos mais próximos.

Em terceiro lugar, vem o cônjuge. No sistema do Código anterior, o cônjuge recebia toda a herança, se não houvesse descendente ou ascendente; ou tinha direito de usufruto sobre parte dos bens, em concurso com descendentes ou ascendentes. Esse direito de usufruto desaparece no novo Código, sendo substituído pela concorrência do cônjuge na herança atribuída aos herdeiros que o precedem.

Resguarda-se, também, o direito do companheiro do falecido, em decorrência de união estável. Na legislação anterior, os seus direitos hereditários eram assemelhados aos do cônjuge viúvo. Atualmente, o companheiro tem participação concorrente na herança, sobre certos bens, sem equiparação com o cônjuge.

Em seguida, na ordem da vocação hereditária, acham-se os colaterais, que são parentes até o 4º grau, incluindo, pela ordem, irmãos, sobrinhos, tios e primos.

A situação ainda se completa com a atribuição da herança ao Município, quando não haja herdeiros sucessíveis. Trata-se da herança jacente, que vem a ser declarada vacante, em procedimento judicial próprio.

Note-se que o beneficiário da herança vacante era o Estado, até a modificação operada pela Lei n. 8.049, de 20 de junho de 1990, que deferiu a outorga dos bens daquela natureza ao Município.

Refogem à sucessão legítima, certos bens do falecido, que se transmitem por direito próprio, nos casos assim chamados de sucessão anômala. São as hipóteses de direitos securitários, abrangendo a previdência social e o seguro de vida, e também as de sucessão em pequenos valores, como saldo de salários, Fundo de Garantia, PIS/Pasep, aplicações financeiras até 500 ORTN, devolução de imposto de renda e restituição de tributos, que competem aos dependentes do falecido, nos termos da Lei n. 6.858/80.

9.1 Descendentes

Os descendentes do autor da herança formam classe privilegiada. São os primeiros na ordem da vocação hereditária e sua existência implica exclusão das demais classes, com exceção do cônjuge ou do companheiro sobrevivente, aos quais o novo Código atribui uma participação concorrente na herança.

Os filhos herdam em igualdade de condições com os demais; se não existem filhos, mas apenas netos, sucedem estes, e assim por diante, excluindo os demais herdeiros das outras classes.

Como já afirmado, o novo Código amplia a primeira classe da ordem da vocação hereditária, passando o cônjuge a participar do direito à herança em concorrência com os descendentes, dependendo do regime de bens do casamento, na forma estabelecida no artigo 1.829, inciso I. Também haverá concorrência na herança entre os descendentes e o companheiro deixado pelo autor da herança, sobre os bens havidos concorrentemente durante a convivência, conforme previsto no artigo 1.790, incisos I e II, do novo Código.

A primeira regra, já referida em tópico anterior, diz com a forma da atribuição da herança, que se dá por direito próprio ou por direito de representação. Na linguagem do Código,

“os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”.

Assim, se o falecido deixa dois filhos, cada um deles recebe 1/2 da herança, em cotas iguais. Mas, se um dos filhos faleceu antes do autor da herança, deixando-lhe dois netos, sucedem estes por estirpe, isto é, recebem a cota de 1/3 que caberia ao seu genitor, de modo que cada neto fica com 1/6. Ou seja, a herança é dividida em duas partes iguais, sendo uma atribuída ao filho vivo, e a segunda, subdividida em duas porções, atribuí-se aos dois netos, que herdam por representação do falecido pai.

Quando o falecido só deixa descendentes netos, filhos estes de filhos falecidos, aqueles herdam por cabeça, porque, no caso, não se dá a sucessão por representação e, sim, a percepção da herança por direito próprio. As cotas que cada neto recebe denominam-se avoengas.

A segunda regra importante é que os descendentes de grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação, que significa o recebimento da herança pelos descendentes do herdeiro morto, no mesmo valor que a este caberia.

Acolhendo a regra de absoluta igualdade entre os filhos, dispõe o artigo 1.834 do atual Código que “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. Note-se que o legislador utilizou impropriamente o termo “classe”, que é aplicável genericamente a todos os descendentes, quando pretendia referir-se aos descendentes do mesmo “grau”, dentro daquela classe, assim havendo que se entender o preceito.

Silvio Rodrigues, ao comentar o artigo 1.834, assinala que,

“apesar da linguagem um tanto confusa, mencionando ‘os descendentes da mesma classe’, quando os descendentes já integram a mesma classe – aliás, a 1ª

classe dos sucessíveis –, o art. 1.834 vem reafirmar que estão suprimidas todas as normas que vigoraram no passado, e que estabeleciam distinções odiosas entre os descendentes, desnivelando os filhos, conforme a origem da filiação”.

Em elucidativa análise de dispositivo legal, assinala o festejado mestre:

“o que se quis dizer é que os descendentes têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. Até por imperativo constitucional (art. 227, § 6º), os descendentes não podem ficar discriminados, por qualquer razão, seja pela natureza da filiação, seja pelo sexo ou progeneritura. Nem pela circunstância de ser biológico ou civil o parentesco. Todos têm o mesmo e igual direito hereditário, sendo a paridade total e completa. A única preferência que se admite é a que se baseia no grau de parentesco: os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação (CC, art. 1.833)”.

9.2 Ascendentes

Não havendo descendentes com direito à sucessão, são chamados os ascendentes do *de cujus*, isto é, os seus pais, na falta destes os avós, e assim sucessivamente. Não há, em tal caso, o direito de representação, que é próprio da linha hereditária descendente.

Sua participação na herança dá-se em concorrência com o cônjuge sobrevivente, ou com o companheiro do falecido, conforme veremos ao tratar dos direitos a estes reservados.

Constitui regra importante a de que os ascendentes de grau mais próximo excluem os mais remotos, sem distinção de linhas, se do lado paterno ou materno.

Havendo igualdade em grau e diversidade em linha (p. ex.: dois avós paternos e um materno), será repartida a herança entre as duas linhas, meio a meio (e não em três cotas iguais), conforme consta do artigo 1.836, § 2º, do novo Código.

9.3 Cônjuge

Não havendo descendentes nem ascendentes, a herança defere-se ao cônjuge sobrevivente. Tam-

bém lhe cabe o direito de meação, na pendência do regime matrimonial de bens.

9.3.1 Meação

O cônjuge sobrevivente, se casado no regime de comunhão universal de bens, tem direito à meação, isto é, à percepção da metade dos bens deixados pelo falecido. No regime da comunhão parcial, receberá metade dos aqüestos – os bens adquiridos na constância do casamento. Da mesma forma, terá esse direito no regime da participação final nos aqüestos, introduzido pela atual legislação.

A meação distingue-se da herança, pois decorre do regime de bens e preexiste ao óbito do outro cônjuge, devendo ser apurada sempre que dissolvida a sociedade conjugal.

9.3.2 Herança

Excluída a meação, o patrimônio restante deixado pelo falecido constitui a herança, que é atribuída aos sucessores legítimos ou testamentários. Não havendo descendentes nem ascendentes, esse direito de herança cabe ao cônjuge sobrevivente, então chamado de viúvo. Neste caso, não interessa o regime adotado, seja o de comunhão de bens ou o de separação, o cônjuge será herdeiro, salvo se, por ocasião da abertura da sucessão, já estivesse dissolvida a sociedade conjugal.

Sobre a participação do cônjuge na herança, houve significativa alteração, pois o cônjuge passa a ser herdeiro necessário (art. 1.845) e, conforme o regime de bens do casamento, concorre na herança com os descendentes, na primeira classe da vocação hereditária (art. 1.829, inc. I).

Essa concorrência com os descendentes dá-se apenas nos casos de o cônjuge ter sido casado no regime da separação convencional de bens, ou da comunhão parcial se o autor da herança houver deixado bens particulares. O citado artigo 1.829 do vigente Código não menciona a hipótese de casamento no regime da participação final nos aqüestos. Pela similitude dos efeitos finais da apuração da meação, entende-se que a hipótese comporta a mes-

ma situação encontrada para o regime da comunhão parcial de bens.

As observações supra decorrem de interpretação a *contrario sensu* do mencionado dispositivo legal que, no inciso I, adota redação ambígua, ao assegurar, como regra geral, o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes. Em seguida, vêm as exceções para as hipóteses de casamento no regime da comunhão universal, no da separação obrigatória, ou “se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”. Essa última ressalva traz séria dúvida exegética sobre estar ligada ao início do inciso ou às ressalvas de sua aplicação. Mas, por critério de bom senso e de adequação ao sistema jurídico-sucessório, cabe interpretar que se trate também de ressalva ao concurso do cônjuge com os descendentes, pois a hipótese é a de inexistência de bens particulares do falecido, em que o cônjuge viúvo já tem assegurado pleno direito de meação, como teria no regime da comunhão universal de bens.

Se o cônjuge falecido não tiver descendentes, mas deixar ascendentes, o cônjuge sobrevivo herda concorrentemente com estes, na segunda classe da sucessão, qualquer que seja o regime de bens, até mesmo se for o da separação total (art. 1.829, inciso II).

Os artigos 1.832 e 1.837 do Código dispõem a respeito da quota cabente ao cônjuge sobrevivente nestes casos de concorrência. Quando o cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes, terá direito a quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça; se for ascendente dos herdeiros com que concorrer, sua quota não pode ser inferior à quarta parte da herança.

Não foi prevista a hipótese de haver entre o falecido e o cônjuge sobrevivente filhos em comum e outros filhos do falecido com terceira pessoa. Ante a omissão de dispositivo específico, paira dúvida se ficaria protegida ou não a quarta parte da herança do cônjuge sobrevivente. Esse direito somente seria cabível na concorrência com os filhos comuns, não com os demais, exigindo complexo cálculo proporcional para apuração dos quinhões de cada um dos beneficiários.

Reafirma-se que o cônjuge sobrevivente continua sendo o terceiro na linha da vocação here-

ditária. Caso não haja descendentes nem ascendentes, ele herdará a totalidade da herança (art. 1.838).

9.3.3 Cônjuge separado de fato

O Código vigente repete preceito do anterior ao dispor que o Direito Sucessório ao cônjuge sobrevivente apenas é reconhecido se ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente. Mas inova ao acrescentar que, se o cônjuge sobrevivente for separado de fato do falecido há menos de dois anos, terá direito à herança deste, salvo prova, neste caso, de que a convivência tornou-se impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1.830). Esta estipulação do prazo de dois anos parece excessiva, bastando que se compare com o prazo de um ano de separação de fato, suficiente para a separação judicial sem culpa (art. 1.572, § 1º).

O dispositivo introduz a possibilidade de discussão de culpa no âmbito do processo de inventário, para apuração das causas da separação de fato, o que se afigura inadmissível, exigindo o incursionamento das partes nas vias ordinárias por cuidar-se de questão de alta indagação, exigindo produção de provas.

Ainda mais cresce o absurdo da situação criada pelo novel legislador quando se sabe que a separação de fato prescinde da discussão de culpa nos processos de separação judicial ou de divórcio, pois constitui fato objetivo por si só suficiente para o reconhecimento da falência da sociedade conjugal.

Estamos com o notável jurista gaúcho Rolf Madaleno, ao comentar que não faz sentido a exigência legal de dois longos anos de fatural separação, prevista no citado artigo 1.830, para só depois deste lapso de tempo afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente. É que, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois anos no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação judicial ou do divórcio. Daí a conclusão de que, uma vez suprimida a vida em comum, este é o marco da incomunicabilidade dos bens e da exclusão da vocação hereditária do cônjuge que ficou viúvo tão-somente no plano formal.

Em adendo a essas considerações, tenha-se em mente que o cônjuge separado de fato pode constituir união estável com outra pessoa. A tanto permite o artigo 1.723, § 1º, do atual Código, sem exigir prazo da separação de fato. Em tal hipótese, vindo a falecer o cônjuge separado de fato e unido a outrem, deixará cônjuge sobrevivente e companheiro, ambos com direito concorrente na herança, sob condições de prazo da separação de fato e de quem tenha sido a culpa. Imagine-se o enorme litígio a ser desenvolvido no processo de inventário para definição de quem terá o direito à sucessão. Para evitar tamanha confusão, bastaria que o legislador simplesmente afastasse o direito à herança por parte do cônjuge que não estivesse convivendo com o outro à data do falecimento.

9.3.4 Direito de habitação

Pela disposição do Código Civil de 1916, no seu artigo 1.611, § 2º, se o cônjuge sobrevivente era casado sob regime da comunhão universal, além da meação e de eventual cota na herança, teria também o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar. Tratava-se de direito vitalício, condicionado ao estado de viuvez da beneficiária.

O novo Código mantém o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, dando-lhe maior amplitude, pois o direito de habitação é assegurado independentemente do regime de bens e sem estar condicionado ao estado de viuvez do beneficiário (art. 1.831). Não nos parece que tenha sido adequado retirar a condição de viuvez, pois o cônjuge sobrevivente passa a ter o direito real de habitação mesmo que já tenha uma nova relação estabelecida, seja casamento ou união estável, em detrimento do uso do imóvel pelos titulares do domínio, que são os herdeiros do falecido.

Permanece, no entanto, a situação já prevista no Código Civil de 1916 quanto à subsistência do direito de habitação no imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Por fim, cabe observar que o novo Código Civil deixa de reproduzir o § 3º do artigo 1.611, acrescentado pela Lei n. 10.050, de 14.11.2000, que, na falta do pai ou da mãe, concede o benefício da habitação ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.

10 COMPANHEIRO SOBREVIVENTE DE UNIÃO ESTÁVEL

A união estável entre homem e mulher constitui entidade familiar digna de proteção do Estado. A previsão teve origem na Constituição Federal de 1988, seguindo-se a regulamentação dos direitos dos companheiros nas Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e n. 9.278, de 10 de maio de 1996.

Por essa legislação especial, o companheiro sobrevivente ocupava posição similar ao do cônjuge viúvo, tendo direito a usufruto parcial sobre os bens da herança, se concorresse com descendentes ou ascendentes do falecido, ou à totalidade da herança, se não houvesse descendentes nem ascendentes, além do direito real de habitação sobre o imóvel que lhe servia de residência.

Com o novo Código Civil, artigo 1.790, modificou-se substancialmente a situação do companheiro sobrevivente, que passa a concorrer no direito de herança apenas sobre os bens havidos onerosamente durante a vida em comum com o falecido parceiro.

Importa dizer que o companheiro não terá qualquer participação na herança relativa a outros bens, adquiridos antes ou havidos graciosamente (herança ou doação) pelo autor da herança.

Sobre os bens comuns, porque adquiridos na vigência da união estável e a título oneroso, o companheiro já tem direito à meação, pelo regime legal da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito (art. 1.725 do novo CC). Terá também direito à herança em concorrência com os demais herdeiros sucessíveis, recebendo um quinhão nas condições seguintes:

- I – se concorrer com filhos comuns, receberá uma cota equivalente à de cada filho;

- II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, receberá metade do que couber a cada um;
- III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 da herança;
- IV – se não houver parentes sucessíveis, receberá a totalidade da herança.

Favorável ao companheiro, sem dúvida, o concurso na herança com descendentes e ascendentes do falecido, tal como se reconhece também ao cônjuge sobrevivente. Mas não se compreende que o companheiro concorra com os demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o 4º grau. Trata-se de evidente retrocesso no critério do sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei n. 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. Pelo critério da lei vigente, o companheiro sobrevivente terá direito apenas a 1/3 de bens deixados pelo outro, enquanto parentes distantes (como, eventualmente, um primo do falecido), ficarão com a maior parte do patrimônio.

Demais disso, considere-se a hipótese de o falecido ter deixado apenas bens adquiridos antes da união estável, ou havidos por doação ou herança. Então, o companheiro nada herdará, mesmo que não haja parentes sucessíveis, ficando a herança vacante para o ente público beneficiário (Município ou Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou União, quando situada em território federal – art. 1.844).

Comentando esses dispositivos, assinala Nelson Nery Júnior, em seu *Código Civil anotado* (Saraiva, São Paulo, 2002), que “não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis”, por isso concluindo que a herança deve ser atribuída na sua totalidade ao companheiro sobrevivente, antes que ao ente público destinatário da herança jacente.

A argumentação do ilustre jurista contém crítica à falta de técnica legislativa e sugere uma interpretação que favoreça os interesses do companheiro, em atenção ao que teria sido a real intenção do legislador:

“O CC 1.790 *caput*, sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1.790 *caput*, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida à Fazenda. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1.844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *cujus* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à *totalidade da herança* (CC 1.790 IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1.819) e, apesar de não contar do rol do CC 1.829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.”

Nada mais se contempla em favor do companheiro, além desse discutível e limitado direito de herança, uma vez que desaparecido o direito de usufruto viual. E o o direito de habitação foi previsto somente em favor do cônjuge, no novo ordenamento civil, muito embora razões de ordem social recomendem sua extensão ao companheiro, seja por extensão analógica ou pela residual aplicação do artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96.

II CONCLUSÃO

Pelo exame da nova sistemática do Direito Sucessório, observa-se que houve notável mudança em relação à legislação anterior, especialmente no plano da vocação hereditária.

Foram introduzidos novos regramentos, com a especificação das pessoas que se habilitam a suceder, incluindo-se a posição do nascituro. Também se cuidou, com destaque, da cessão do direito à sucessão aberta, com normas sobre a forma de

sua efetivação e o resguardo do direito de preferência dos co-herdeiros.

O que mais se alterou, no entanto, foi a ordem de chamamento dos herdeiros na sucessão legítima.

A posição do cônjuge foi reforçada, por ser herdeiro necessário e em vista de sua participação concorrente na herança com descendentes e com os ascendentes do falecido, num complexo sistema condicionado ao regime matrimonial de bens e à origem dos descendentes, quando o concurso se dá com relação a estes.

Com relação ao companheiro, observa-se tratamento legal muito inferior ao que existia nas leis

especiais da união estável. Sua participação sucessória dá-se apenas em bens havidos onerosamente durante a convivência. De outro lado, porém, esta disposição do novo Código acaba por beneficiar indevidamente o companheiro, em comparação com o cônjuge, uma vez que este, no regime comunitário de bens, não recebe nada mais que o direito de meação.

Esses e outros pontos da nova legislação civil merecem mais detida análise dos estudiosos, com o objetivo de eventual reforma que venha a propiciar os necessários acertos no texto do Código, de sorte a permitir que seja um instrumento de efetiva aplicação da justiça no Direito Sucessório.