UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

MAURO ANTONINI

SUCESSÃO NECESSÁRIA

Dissertação de Mestrado

ORIENTADOR:
PROFESSOR ASSOCIADO CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

SÃO PAULO
2013

Dedico este trabalho à minha esposa Ana Beatriz e aos meus filhos
Danilo e Isabela. Aos meus pais Carlos Antônio e Selma, e a meu
irmão Augusto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy, brilhante jurista, pela oportunidade concedida e pela orientação cuidadosa, indispensável aos méritos que este trabalho possa ter.

Agradeço aos Professores João Alberto Shützer Del Nero e Francisco Paulo De Crescenzo Marino pelas críticas e sugestões apresentadas por ocasião do exame de qualificação, que em muito auxiliaram o aprimoramento deste estudo.

Ao estimado amigo Hamid Charaf Bdine Júnior, pela paciência do debate sobre aspectos do trabalho, sempre apresentando observações percucientes.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é promover estudo abrangente de fenômeno do direito das sucessões que denominamos de sucessão necessária. Trata-se da tutela sucessória imperativa concedida a familiares mais próximos do autor da herança, irredutível por testamento ou doações, excluída nas restritas hipóteses de indignidade e deserdação. Pretende-se demonstrar que, na classificação da sucessão quanto à fonte da vocação hereditária, a sucessão necessária é subespécie autônoma de sucessão legítima, com elementos e fundamentos próprios, regida por normas de natureza distinta da sucessão legítima intestada e da sucessão testamentária. E que, apesar dessas peculiaridades, o Código Civil brasileiro não a reconhece expressamente como mais uma modalidade sucessória, tratando dos temas a ela relacionados de forma dispersa, dificultando visão de conjunto e adequada compreensão do instituto em seu todo. Essa sistematização legal que nos parece inapropriada ainda obscurece a importante evolução da sucessão necessária verificada durante a vigência do Código Civil de 1916, consolidada e ampliada pelo Código Civil de 2002, com incorporação de novas figuras, como legados legais necessários e sucessão imperativa concorrente do cônjuge e companheiro com descendentes e ascendentes. Com o intuito de restabelecer a visão de conjunto e recapitular essa evolução da sucessão necessária, serão examinados os principais aspectos dessa modalidade sucessória, inclusive em sua inter-relação com a sucessão intestada e a sucessão testamentária, apontando seus aspectos singulares. Em seguida, será apresentada a evolução da proteção sucessória imperativa, desde seu passado mais remoto no direito romano, passando pelos antecedentes no direito brasileiro, até seu perfil atual, consolidado pelo Código Civil de 2002, examinando-se os principais temas a ela relacionados. Por fim, serão analisadas as perspectivas da sucessão necessária, em termos de projeções futuras, apontando a tendência, no direito contemporâneo, em direção a sistemas de proteção sucessória imperativa mais abertos, flexíveis e proporcionais.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to carry out a wide study of the phenomenon of the inheritance law that we call imperative inheritance. It concerns the imperative inheritance guardianship given to the closest relatives of the deceased, which is irreducible by will or donations, except for some particular hypothesis of indignity and disinheritance. The intention is to demonstrate that, in the classification of the succession, according to the source of the hereditary calling, the imperative inheritance is an autonomous subspecies of the legal succession, with its own elements and grounds, guided by rules of a different nature than the legal succession without a will and than the testate succession. Moreover, in spite of these peculiarities, the Brazilian Civil Code doesn't recognize it as another form of succession and deals with the subjects related to it in a scattered way, reason by which it is difficult to see the entire scene and to have a proper understanding of the institute in its whole. This legal system, that seems to be inappropriate, still obscures the important development of the imperative succession seen during the validity of the 1916 Civil Code, consolidated and enlarged by the 2002 Civil Code, with the incorporation of new figures, as necessary legal legacy and competitive imperative inheritance of the spouse or non-ceremonial wife or husband with ascendants or descendants. With the purpose of reestablishing a view of the whole and reviewing the development of the imperative inheritance, the main aspects of this form of succession, including its inter relation with the succession without a will and the testate succession, will be examined pointing out its specific aspects. Furthermore, the development of the protection of the imperative inheritance, since its most remote past in the Roman Law, through the antecedents of the Brazilian Law, until its present profile, consolidated by the 2002 Civil Code will be presented, examining the main issues related to it. Finally, the perspectives of the imperative inheritance will be analyzed, in terms of future projection, showing the trends in the contemporary law, leading to more open, flexible and proportional systems of protection of the imperative inheritance.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
Capítulo 1 - AS DISTINTAS ESPÉCIES DE SUCESSÃO.....	5
1.1. O conceito de sucessão.	5
1.2. Sucessão <i>inter vivos</i> e <i>causa mortis</i> . O âmbito e a autonomia do direito das sucessões.	6
1.3. Estrutura do direito das sucessões a partir da combinação das espécies de sucessão.	8
Capítulo 2 - SUCESSÃO A TÍTULO UNIVERSAL E A TÍTULO PARTICULAR. ..	11
2.1. Sucessão universal e particular.	11
2.2. Distinção de regime jurídico entre herança e legado.	13
2.2.1. Responsabilidade pelas dívidas do espólio.	13
2.2.2. Transmissão da posse.....	13
2.2.3. Demais particularidades.....	15
2.3. Classificação dos tipos de legado.	15
2.4. A noção de legado.....	16
Capítulo 3 - ESPÉCIES DE SUCESSÃO QUANTO À FONTE DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.....	21
3.1. Explicação prévia: vocação hereditária.	21
3.2. Classificação quanto à fonte da vocação hereditária. Distintas subespécies de sucessão legítima.	22
3.3. Sucessão necessária: explicação terminológica.	25
Capítulo 4 - FUNDAMENTOS DAS MODALIDADES DE SUCESSÃO QUANTO À FONTE DA VOCAÇÃO.....	28
4.1. Sucessão intestada e a continuidade das relações jurídicas do autor da herança.....	28
4.2. Sucessão testamentária e sucessão necessária: liberdade e solidariedade.	31
4.3. Sucessão testamentária e autonomia privada.	33
4.4. Fundamento da sucessão necessária.	37
4.5. Fundamento constitucional da sucessão necessária.....	42
Capítulo 5 - ELEMENTOS E AUTONOMIA DA SUCESSÃO NECESSÁRIA.....	46
5.1. Os sujeitos da sucessão necessária.....	46
5.2. O objeto da sucessão necessária.	47
5.3. Natureza das normas que regem a sucessão necessária.	47
5.4. Autonomia da sucessão necessária.	49
Capítulo 6 - NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CONFERIDO AOS SUCESSÍVEIS NECESSÁRIOS.....	52
6.1. A posição do sucessor necessário: herdeiro ou legatário.....	52
6.2. O chamamento prioritário do sucessível necessário: pleno direito à porção da herança ou ao legado <i>ex lege</i>	54
6.3. A nulidade das doações e das disposições testamentárias inoficiosas.....	57

6.4. O prazo para exercício do direito de postular o reconhecimento da nulidade das doações e das disposições testamentárias inoficiosas.	61
6.4.1. Prazo no caso de disposições testamentárias inoficiosas.	61
6.4.2. Prazo no caso de doações inoficiosas.	66
6.5. Conclusões sobre a natureza jurídica do direito conferido ao sucessível necessário.	69
Capítulo 7 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA SUCESSÃO NECESSÁRIA.	71
7.1. Antecedentes históricos mais remotos.	71
7.1.1. A legítima romana.	71
7.1.2. A reserva hereditária.	79
7.1.3. Distinção entre a legítima romana e a reserva hereditária. Sua fusão. A Revolução Francesa.	81
7.2. Antecedentes no direito luso brasileiro e o regime original do Código Civil de 1916.	83
7.2.1. Antecedentes no direito luso-brasileiro. Ordenações Filipinas.	83
7.2.2. Lei Feliciano Penna.	84
7.2.3. Tramitação do projeto do Código Civil de 1916.	84
7.2.4. Herdeiros necessários no Código Civil de 1916.	85
7.2.5. O cônjuge na redação primitiva do Código Civil de 1916.	86
7.3. Evolução até o Estatuto da Mulher Casada.	90
7.3.1. Proteção sucessória necessária do cônjuge por aplicação de lei estrangeira.	90
7.3.2. A Lei de Proteção à Família.	91
7.3.3. A Lei de Reconhecimento de Filhos Ilegítimos.	93
7.3.4. O Estatuto da Mulher Casada.	95
Capítulo 8 - USUFRUTO VIDUAL.	97
8.1 Usufruto vidual: panorama da divergência interpretativa.	97
8.2. Os reflexos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.	98
8.3. Usufruto vidual como hipótese de sucessão necessária do cônjuge.	100
8.4. Regime jurídico do usufruto vidual.	106
8.5. O cônjuge como herdeiro necessário em usufruto na terceira posição da ordem da vocação hereditária.	108
Capítulo 9 - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.	111
9.1. O direito real de habitação no Código Civil de 1916.	111
9.2. O direito real de habitação no Código Civil de 2002.	111
9.3. Perfil geral do direito real de habitação.	112
9.4. Direito real de habitação como legado necessário <i>ex lege</i>	115
9.5. A transformação do sistema sucessório pela introdução de hipóteses de legados <i>ex lege</i>	115
9.6. O direito real de habitação em favor do filho portador de deficiência impossibilitado de trabalhar.	117
Capítulo 10 - LEGADO NECESSÁRIO DE ALIMENTOS.	118
10.1. Transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos: o art. 23 da Lei do Divórcio.	118
10.2. O art. 1.700 do Código Civil de 2002.	119

10.3. Transmissão da obrigação de prestar alimentos como hipótese de sucessão hereditária.	120
10.4. Legado necessário de alimentos.	122
10.5. Transmissão limitada às forças da herança.	125
10.6. Transmissibilidade dos alimentos entre cônjuges, companheiros e parentes.	126
10.7. Possibilidade da cumulação da posição de herdeiro com a de legatário dos alimentos.	127
10.8. Obrigação de prestar alimentos contemporânea à abertura da sucessão.	129
10.9. Momento a partir do qual se torna exigível o legado necessário de alimentos. ...	130
10.10. Impossibilidade de renúncia ao legado necessário de alimentos.	131
10.11. Os sucessores onerados com a obrigação de prestar alimentos.	131
10.12. Distinção entre pagamento das dívidas do espólio e cumprimento de legado necessário de alimentos.	137
10.13. Incidência da obrigação de prestar alimentos sobre todo o acervo hereditário e não somente sobre os frutos dos bens transmitidos.	139
10.14. Arbitramento dos alimentos objeto do legado necessário.	139
10.15. Hipóteses de extinção e revisão dos alimentos.	141
10.16. Conclusões sobre a aplicação do art. 1.700 do Código Civil.	142
Capítulo 11 - SUCESSÃO DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NAS HIPÓTESES DA LEI 6.858/1980.	145
Capítulo 12 - SUCESSÃO NECESSÁRIA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NAS LEIS 8.971/1994 E 9.278/1996.	148
12.1. A união estável a partir da Constituição de 1988.	148
12.2. A sucessão do companheiro nas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.	151
Capítulo 13 - SUCESSÍVEIS NECESSÁRIOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.	156
13.1. Herdeiros necessários: descendentes e ascendentes, cônjuge e companheiro.	156
13.2. Relação entre eleição do regime de bens do casamento e proteção sucessória imperativa do cônjuge.	159
13.3. O companheiro sobrevivente como herdeiro necessário.	164
13.4. Exclusão de sucessíveis necessários.	166
13.4.1. Indignidade.	166
13.4.2. Deserdação.	169
Capítulo 14 - A LEGÍTIMA.	172
14.1. Composição da legítima e seu cálculo.	172
14.2. Legítima e partilha em vida.	174
14.3. Justa causa para clausular a legítima.	176
14.4. Meios de proteção da legítima.	184
14.4.1. Intangibilidade qualitativa e quantitativa da legítima.	184
14.4.2. Redução das disposições testamentárias.	185
14.4.3. Redução das doações inoficiosas.	187
14.4.4. Colação.	193
Capítulo 15 - PERSPECTIVAS DA SUCESSÃO NECESSÁRIA.	198
CONCLUSÕES.	206

INTRODUÇÃO.

O objeto do presente estudo é o fenômeno que aqui será denominado como sucessão necessária. Trata-se de tema do direito das sucessões, o ramo da parte especial do direito civil que disciplina a sucessão *causa mortis*. Sucessão necessária é modalidade de designação sucessória pela qual a lei confere a familiares mais próximos do autor da herança proteção imperativa, irredutível por testamento ou doações, atribuindo-se a eles direito potestativo de reclamar determinada tutela sucessória que se sobrepõe à vontade do *de cujus*.

Três são as razões principais pelas quais parece oportuna a escolha desse tema como objeto de estudo.

A primeira é que o Código Civil brasileiro, em nosso entender, não contém sistematização adequada dessa modalidade de designação sucessória, pois não lhe atribui nome próprio e trata de diversos institutos relacionados a esse fenômeno de forma dispersa, dificultando visão de conjunto e sua adequada compreensão. Além disso, não o reconhece expressamente como mais uma modalidade sucessória ao lado da sucessão legítima intestada e da testamentária.

Essa sistematização inadequada acaba por obscurecer a relevante evolução da sucessão necessária ao longo do Século XX, posterior ao Código Civil de 1916, culminando com o Código de 2002, mediante incorporação de novas figuras, como legados assistenciais *ex lege* e diferenciadas hipóteses de sucessão necessária a título universal, a conferir novo perfil ao fenômeno, ampliado e diferenciado, além dos temas aos quais é tradicionalmente identificado, que são os herdeiros necessários e a legítima.

A partir dessa evolução, a sucessão necessária deixou de ser tema relacionado exclusivamente aos herdeiros necessários, podendo-se falar, também, em legatários necessários. A proclamada intangibilidade da legítima passou a ter nova conformação, pois se tornou possível a redução da porção dos herdeiros necessários para menos da metade do patrimônio em determinadas situações de concorrência com legados *ex lege*. A metade disponível por testamento, igualmente, passa a poder ser reduzida, pela incidência combinada da legítima com legados necessários, afetando-se o espaço da liberdade testamentária.

Houve, portanto, significativa alteração da sucessão necessária, com fundamental

reflexo em nosso sistema de sucessão hereditária, mas que, pela deficiente sistematização legal, permanece em grande medida obscurecida.

O intuito deste trabalho é verificar quais as espécies de designação sucessória que efetivamente se depreendem de nosso sistema jurídico, apesar da sistematização deficiente do Código Civil, e qual a classificação delas que aparenta ser a mais correta, mais didática. Examinar quais os fundamentos de cada uma das modalidades e, em especial, os caracteres que diferenciam a sucessão necessária das demais. Estudar como se dá a inter-relação entre as distintas espécies, questão fundamental, pois dela advém, em grande medida, a estrutura do regime jurídico sucessório. Relacionar os institutos que mais diretamente dizem respeito à sucessão necessária, proporcionando visão de conjunto do fenômeno. Retratar a referida evolução posterior ao Código de 1916, desvelando o perfil contemporâneo da sucessão imperativa.

A segunda razão para a escolha do tema é que o Código de 2002, em vigor há pouco mais de uma década, introduziu importantes modificações em institutos relacionados à sucessão necessária, algumas delas de polêmica interpretação. O cônjuge, herdeiro necessário em usufruto viual desde o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962), foi reconhecido expressamente como herdeiro necessário, agora em propriedade plena, inclusive na concorrência com descendentes e ascendentes. Discute-se se o mesmo direito seria extensivo ao companheiro sobrevivente. O direito real de habitação — que, como se verá, constitui hipótese de legado necessário *ex lege* — assumiu nova feição, estendido ao cônjuge em qualquer regime de bens do casamento, não mais exclusivo ao casado pela comunhão universal, e se tornou vitalício, sem limitação à duração da viuvez. O direito de gravar a legítima com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade foi substancialmente restringido, pela novidade da exigência de indicação de justa causa pelo testador ou doador. São várias as mudanças, portanto, a justificar abordagem da sucessão necessária.

A terceira razão a justificar a escolha do tema é que parece relevante examinar a sucessão necessária em perspectiva. Verificar, a partir de sua evolução, desde os tempos mais remotos do direito romano, como foi se modificando até assumir os contornos contemporâneos. Nesse exame, promover especial análise sobre o substrato das transformações ocorridas na sucessão necessária após o Código de 1916, reflexo, em certa medida, como será visto, da evolução do direito privado ao longo do Século XX, em direção à chamada personificação do direito civil.

A visão panorâmica da linha evolutiva da sucessão necessária proporciona elementos para análise de suas projeções futuras. Nessa abordagem, importante auxílio se obtém pelo exame de exemplos do que vem ocorrendo em outros países, como algumas alterações legislativas que, eventualmente, podem vir a servir de modelo para o direito brasileiro (é o caso do pacto de família introduzido ao Código Civil italiano pela Lei 55, de 14 de fevereiro de 2006, contrato pelo qual se assegura a transmissão da empresa ou da participação em sociedade empresária, pelo autor da herança ao descendente que reputar mais adequado para gerir a empresa, com anuência dos demais legitimários, produzindo efeito desde logo e que não é passível de questionamento após a abertura da sucessão).

Em outros países, debate-se o próprio papel da sucessão necessária, questionando-se se seus fundamentos subsistem na atualidade, se não seria caso de excluir a proteção imperativa por ela representada (na Itália, há projeto de lei em andamento propondo a ab-rogação da sucessão necessária, tornando o debate, nesse país, especialmente acirrado), ou se não seria caso ao menos de reformá-la.

Para o desenvolvimento desses temas, procurou-se, primeiramente, apontar os aspectos gerais da sucessão necessária, a permitir clara compreensão do fenômeno e de sua inter-relação com outras modalidades sucessórias. Ao longo de seis capítulos, serão examinadas, no primeiro deles, as distintas espécies de sucessão quanto ao objeto (a título universal e particular) e quanto à fonte da designação (sucessão legítima, incluindo a intestada e a necessária, e testamentária), a partir das quais é estruturado o direito das sucessões. No segundo, será analisada com maior minúcia a distinção, com repercussão importante na sucessão necessária, entre sucessão a título universal e a título particular, especialmente a controvertida noção de legado. No terceiro, pretende-se demonstrar que a classificação adequada, quanto à fonte da vocação, comporta distinguir, na sucessão legítima em sentido amplo duas subespécies, a sucessão intestada e a necessária, com explicação sobre o motivo da escolha dessa terminologia, sucessão necessária. No quarto, serão examinados os fundamentos das modalidades de sucessão quanto à fonte da vocação, apontando o caráter residual da sucessão intestada, a contraposição entre liberdade e solidariedade na inter-relação entre sucessão testamentária e necessária, a extensão que se confere à autonomia privada no âmbito da sucessão testamentária e, por fim, os fundamentos da sucessão necessária, inclusive em perspectiva constitucional. No quinto, os elementos da sucessão necessária (sujeitos, objeto e normas diferenciadas a regê-la), a demonstrar sua autonomia como modalidade sucessória, subespécie de sucessão legítima.

No sexto, finalmente, a natureza jurídica do direito prioritário conferido aos sucessíveis necessários, ora como herdeiros, ora como legatários.

A partir do sétimo capítulo, serão abordadas a evolução, perfil atual e perspectivas da sucessão necessária. O sétimo capítulo tem por objeto os antecedentes históricos da sucessão necessária. Em seu primeiro tópico, a legítima romana, passando pela reserva hereditária, até o sistema resultante da Revolução Francesa. No segundo tópico, os antecedentes no direito luso brasileiro e o sistema original do Código Civil de 1916. No terceiro tópico, a evolução da sucessão necessária a partir do Código de 1916 e até o Estatuto da Mulher Casada. No oitavo e no nono capítulos, serão tratados, separadamente, por sua relevância, dois institutos desse Estatuto, o usufruto vidual e o direito real de habitação, este último também com o perfil que lhe foi conferido pelo Código Civil de 2002. No décimo capítulo, será abordado o que entendemos constituir legado necessário de alimentos, resultante da transmissão da obrigação de prestar alimentos aos sucessores do devedor, nos termos do art. 23 da Lei do Divórcio e, depois, do art. 1.700 do Código Civil de 2002. No décimo primeiro, a sucessão em favor de dependentes previdenciários nos termos da Lei 6.858/1980, hipótese de legado necessário de crédito. No décimo segundo, a sucessão do companheiro sobrevivente a partir da Constituição de 1988 e nas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. No décimo terceiro, os sucessíveis necessários no Código de 2002, bem como a exclusão deles da sucessão, por indignidade e deserdação. No décimo quarto, a legítima, sua clausulação e os meios para sua proteção. No décimo quinto, as perspectivas da sucessão necessária e, por fim, as conclusões.

Capítulo 1

AS DISTINTAS ESPÉCIES DE SUCESSÃO.

1.1. O conceito de sucessão.

Em sentido amplo, sucessão significa transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa a outra¹. Uma é investida em direito ou em obrigação, ou em um conjunto de direitos e obrigações, que pertenciam à outra. O direito ou a obrigação, ou o conjunto deles, recebidos pelo sucessor, são os mesmos que pertenciam à esfera jurídica do titular anterior², no sentido de que têm a mesma identidade, os mesmos atributos. Essa ideia de identidade é considerada traço essencial na sucessão³.

A manutenção da identidade não significa, porém, que o objeto transmitido tem necessariamente, em mãos do sucessor, a mesma configuração anterior. Poderá sofrer vicissitudes em razão do ato translativo, o que significa que o sucessor não pode receber mais do que dispunha o sucedido, embora possa receber menos⁴. Exemplo típico do ordenamento brasileiro é o da gravação da legítima com cláusula de inalienabilidade (Código Civil, art. 1.848), pelo qual o bem transmitido ao herdeiro necessário tem a mesma identidade do que pertencia ao sucedido, mas tolhido do poder de disposição.

Como esclarecem Inocêncio Galvão Telles e Capelo de Sousa, em suas respectivas obras, alguns autores — são citados Kuntze, Windscheid e Carnelutti — contestam o conceito de sucessão, pois compreendem o direito subjetivo como poder da vontade, como “poder inerente à individualidade concreta de uma pessoa” — expressão empregada por Capelo de Sousa —, de modo que haveria ligação incindível com determinada pessoa, fazendo com que, alterado o titular, o direito se extinguisse, surgindo outro em seu lugar. A

¹ Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 15.

² Ibid, p. 15.

³ Cf. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões: noções fundamentais*, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 40; e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*, 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2001, p. 49.

⁴ Segundo Inocêncio Galvão Telles, são elementos da relação jurídica os sujeitos, o objeto e o título, este compreendido como o fato ou conjunto de fatos do qual a relação jurídica tira sua existência, seu conteúdo e regime, sofrendo alterações objetivas ou subjetivas durante sua existência, em razão de novos fatos que vão se sucedendo. Exemplifica com a disposição testamentária sob condição resolutiva, em que o direito transmitido é, em suas palavras, mais débil ou mais frágil do que o do titular anterior, concluindo que, na sucessão, há identidade no direito ou obrigação, ou conjunto de direitos e obrigações transmitidos, ressalvadas modificações que lhe forem introduzidas pelo fato aquisitivo (TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 40-46).

noção moderna, ao contrário, considera o direito subjetivo como uma “estrutura objetiva”, a admitir a ideia de transmissão a outrem com a mesma identidade, salvo nas hipóteses de direitos intransmissíveis, indissociáveis da pessoa⁵.

Guido Capozzi observa que em rigor a mudança do sujeito tornaria diversa a relação jurídica, mas a doutrina prevalecente na Itália⁶ compreende que, na sucessão, o conceito de identidade tem valor eminentemente prático e normativo, no sentido de que o sucessor ocupa a mesma posição concreta na qual se encontrava o autor da sucessão. Mais do que isso, o sujeito é considerado mesmo elemento externo da situação jurídica, o que se confirma no caso de herança jacente, privada de titular ainda que temporariamente⁷. Conclui ser a sucessão evento não extintivo da relação jurídica, acarretando somente modificação de seu perfil subjetivo, representando modo derivado de aquisição de direitos⁸.

1.2. Sucessão *inter vivos* e *causa mortis*. O âmbito e a autonomia do direito das sucessões.

Em sentido estrito, a sucessão pode ser *inter vivos* ou *causa mortis*. A *inter vivos* engloba todas as sucessões que não tenham a morte por causa⁹. Pode ter origem ou não no negócio jurídico, embora essa seja sua causa mais comum. Capelo de Sousa relaciona exemplos apontados por Pereira Coelho de sucessão em vida que se opera sem negócio jurídico, sem manifestação do antigo titular, como na desapropriação e na expropriação em processo de execução¹⁰. Há sucessão *inter vivos*, por exemplo, mediante negócio jurídico, na compra e venda, na cessão de crédito, na sub-rogação etc. É ainda Capelo de Sousa quem compara situações em que há ou não sucessão, exemplificando com a sub-rogação e a novação. Na sub-rogação há sucessão, pois aquele que paga se torna titular dos mesmos direitos do credor primitivo — como em regra também ocorre no direito brasileiro (Código Civil, art. 349). Na novação não há sucessão, pois a obrigação primitiva se extingue,

⁵ TELLES, Inocêncio Galvão, op. cit., p. 38-48; CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 20.

⁶ Esse jurista relaciona, nesse sentido, as posições de Betti, Messineo, Pugliatti, Nicolò, Santoro-Passarelli e Perlingieri (CAPOZZI, Guido. *Successioni e Donazioni*, Tomo I, 3. ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 5).

⁷ Ibid., p. 5.

⁸ Ibid., p. 5-6.

⁹ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., p. 28.

¹⁰ Ibid., p. 28.

constituindo-se outra¹¹.

A sucessão *causa mortis* consiste na transmissão do patrimônio da pessoa natural, por ocasião de sua morte, a seus sucessores. Não obstante alguma divergência na doutrina portuguesa, Luís A. Carvalho Fernandes salienta ser mais adequado considerar as expressões sucessão e transmissão como sinônimas, a significar a passagem de direito ou obrigação, ou de conjunto de direitos e obrigações, de uma pessoa a outra, com a mesma identidade¹².

Por outro lado, consoante Clóvis Bevilacqua, emprega-se o termo patrimônio com o significado da totalidade das relações econômicas da pessoa, considerada como unidade jurídica, como universalidade de direitos e obrigações; e que, na abertura da sucessão, recebe o nome de herança¹³. Inocêncio Galvão Telles observa que cada pessoa tem um patrimônio, no sentido de “patrimônio global ou esfera patrimonial”, representado pelo conjunto de todos os direitos e obrigações passíveis de apreciação pecuniária, assumindo relevância própria para determinados efeitos, a justificar seja considerado como uma unidade, com tratamento jurídico do todo distinto do que é conferido às partes que o compõem¹⁴. Transmitem-se com a morte, portanto, o ativo e o passivo deixados pelo *de cuius*, ressalvando-se que o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança (Código Civil, art. 1.792).

O direito das sucessões é o ramo da parte especial do direito civil que disciplina exclusivamente uma dessas modalidades de sucessão, a *causa mortis*, tendo, portanto, esse sentido restrito, com o qual usualmente se identifica a expressão sucessão.

Orlando Gomes destaca a afinidade da sucessão por morte com outros ramos do direito civil, pois implica transmissão de direitos reais, e de créditos e débitos. Recorda que o testamento é negócio jurídico e que a sucessão legítima tem forte vinculação ao direito de família. Mas observa que se justifica disciplinar o direito das sucessões como ramo diferenciado dos demais, reconhecendo-lhe “... autonomia, para regulação unitária, porque

¹¹ Ibid., p. 28.

¹² Esse autor aponta duas concepções divergentes a esse respeito. Uma diferencia sucessão de transmissão, pois aquela identificaria aquisição a título universal, esta a título particular. Em consequência, legatários, favorecidos a título particular, não seriam sucessores, o que não se coaduna, no entanto, como adverte esse autor, com a disciplina legal que assim os qualifica. A segunda concepção reserva a expressão sucessão à aquisição *mortis causa*; transmissão designaria somente a *inter vivos*. O que também não lhe parece adequado, pois, embora no Código Civil (no português, assim como no brasileiro — observação nossa) sucessão seja expressão utilizada mais frequentemente associada à transmissão *causa mortis*, não há caracteres particulares, essenciais, que justifiquem diferenciá-la da *inter vivos* (FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 53-56).

¹³ BEVILACQUA, Clóvis, cit., 1938, p. 18.

¹⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 33-34

encerra princípios e figuras que, embora conservem afinidade com relações patrimoniais *inter vivos*, distinguem-se e pedem disciplina orgânica”¹⁵.

José de Oliveira Ascensão também salienta que, enquanto o direito das obrigações e o das coisas regulam categorias próprias de direitos subjetivos, o de família e o das sucessões podem se referir a qualquer categoria de direitos; e, como na parte geral do Código Civil — o autor se refere ao português, mas nesse aspecto é similar ao brasileiro — são tratadas as vicissitudes comuns das situações jurídicas, indaga qual o motivo para disciplinar em local diverso as aquisições *mortis causa*. A resposta desse jurista é que há, na sucessão por morte, caráter unitário do fenômeno, com grande massa de preceitos a regê-lo, o que leva à elaboração de princípios próprios, justificando-se que se lhe reconheça autonomia científica como ramo do direito civil¹⁶.

1.3. Estrutura do direito das sucessões a partir da combinação das espécies de sucessão.

O direito das sucessões, como ramo próprio do direito civil, é estruturado principalmente a partir da combinação de duas distintas classificações: de um lado, sucessão legítima e testamentária; de outro, sucessão a título universal e particular. Uma leva em conta a fonte da vocação sucessória; a outra, o objeto da sucessão¹⁷. Pela primeira, definem-se os tipos de vocação, os diferenciados títulos pelos quais se estabelece quem serão os sucessores, os sujeitos da sucessão. Pela segunda, distinguem-se os modos de configuração daquilo que é transmitido a cada sucessor, o objeto da sucessão.

Como salientava Clóvis Bevilacqua, quanto à fonte da vocação hereditária há duas espécies de sucessão, a que resulta da disposição da lei, chamada legal ou legítima, e a que deriva da vontade humana, denominada voluntária, esta composta pela testamentária e pela contratual. A contratual não é prevista no direito brasileiro, embora exista em outros ordenamentos¹⁸, e por isso se fala, entre nós, simplesmente em sucessão testamentária. A sucessão legal se subdivide, como será sustentado neste trabalho, em sucessão legítima intestada e sucessão necessária.

¹⁵ GOMES, Orlando, *Sucessões*, 12. ed., atualizada por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: sucessões*, 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 33.

¹⁷ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 40-41.

¹⁸ BEVILAQUA, Clóvis, cit., 1938, p. 22. Essa afirmação feita à luz do Código Civil de 1916 permanece atual, pois o Código de 2002 também não prevê hipóteses de sucessão contratual.

Embora a lei seja sempre a fonte da sucessão, sua fonte mediata, pois é ela que confere ao autor da herança o direito de dispor de seus próprios bens¹⁹, a distinção entre vocação legal e voluntária se faz a partir da identificação da fonte imediata da designação. O que as diferencia é que, na primeira, os sucessores são designados diretamente pela lei, sem concurso de manifestação de vontade do autor da herança. Na voluntária, a lei confere ao autor da herança o direito de reger sua sucessão segundo sua vontade, definindo seus sucessores e a natureza do direito a ser transmitido a cada um deles.

Em relação ao objeto, a sucessão *causa mortis*, como visto, engloba o patrimônio, como conjunto das relações jurídicas transmissíveis deixadas pelo *de cujus*, e que, na abertura da sucessão, passa a ser denominado herança. Essa é a acepção ampla do termo herança, abrangente, incluindo todo o patrimônio, mesmo os legados²⁰. Na classificação quanto ao objeto da sucessão, pela qual se distinguem sucessão universal e particular, herança é tomada em seu sentido estrito, de contraposição ao legado. Conforme Pontes de Miranda: “Herança, em sentido largo, compreende a herança, os legados e outros benefícios. Herança, em senso estrito, o que passa do morto a outra pessoa, como patrimônio, ou parte do patrimônio”²¹. Na sucessão universal, o sucessor é denominado herdeiro. Na particular, legatário. Na universal, o sucessor recebe a totalidade ou fração ideal do patrimônio deixado pelo *de cujus*, da herança em sentido estrito, incluindo o ativo e o passivo – respondendo por este, repise-se, nos limites das forças da herança. Na particular, o legatário recebe bens ou direitos determinados, afirmação encontrada em muitas obras²², mas sua exatidão é objeto de questionamento, como será examinado no capítulo seguinte.

O que importa destacar, em termos de visão inicial e de conjunto, é que, a partir das referidas qualificações, seja pela diferenciação das fontes da vocação sucessória, seja pelo objeto da sucessão, a lei confere distintos efeitos à sucessão *causa mortis*.

Essas classificações são fundamentais à estruturação do direito sucessório não só na consideração isolada de cada uma delas, mas, igualmente, pelos possíveis entrelaçamentos

¹⁹ Cf. GOMES, Orlando, cit., 2004, p. 16.

²⁰ Cf. TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 163.

²¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Direito das Sucessões: sucessão em geral, sucessão legítima, Tomo LV, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 6

²² Cf., por exemplo, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, 15. ed., atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 275; RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 7, 25. ed., atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p.17-18; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 6. Direito das sucessões*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 301; GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

de ambas, dos quais resulta, em grande medida, o regime jurídico sucessório em cada situação concreta. Ao tratar do tema, Inocêncio Galvão Telles destaca: “As duas classificações entrecruzam-se. Baseadas em critérios diferentes, aplicam-se todavia à mesma realidade e daí esse entrecruzamento. Encontram-se herdeiros em qualquer das modalidades sucessórias definidas segundo o critério da fonte da vocação. E há legatários não só na sucessão *ex voluntate* como na sucessão *ex lege*”²³.

Em consequência, para adequada compreensão da sucessão necessária, objeto do presente estudo, não basta analisá-la de forma isolada, mas também em sua inter-relação com as demais modalidades de sucessão quanto à fonte da designação, a testamentária e a intestada. É fundamental, ainda, verificar seu objeto, se resulta em sucessão universal ou particular, pois, como será examinado adiante, o sistema atual combina as duas modalidades, podendo haver sucessão necessária como herança e como legado.

Por esses motivos, no capítulo seguinte será desenvolvida com mais minúcia a análise da classificação da sucessão a título universal e a título particular, e no subsequente, a classificação quanto às fontes da vocação.

²³ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 162.

Capítulo 2

SUCESSÃO A TÍTULO UNIVERSAL E A TÍTULO PARTICULAR.

2.1. Sucessão universal e particular.

A sucessão em sentido amplo, *inter vivos* ou *causa mortis*, pode se dar a título universal ou particular. No primeiro caso, há transmissão da totalidade do patrimônio ou de uma cota parte dele. No segundo, de objetos singularmente considerados²⁴.

A sucessão *inter vivos* ocorre normalmente a título singular, mas pode ser universal, como, segundo Luís A. Carvalho Fernandes, na transmissão global do patrimônio de pessoa jurídica por fusão ou cisão²⁵. O Código Civil brasileiro, no art. 1.119, prevê expressamente que a fusão implica extinção das sociedades reunidas, formando-se uma nova, que a elas sucede em direitos e obrigações, operando-se, portanto, sucessão a título universal entre vivos²⁶.

Na sucessão *causa mortis*, emprega-se o termo herança na acepção ampla referida no capítulo anterior, englobando legados. Em sentido estrito, herança se identifica com a transmissão do conjunto de direitos e obrigações deixados pelo *de cuius*, como universalidade, e os sucessores, nesse caso, recebendo a totalidade do patrimônio ou fração ideal dele, são chamados de herdeiros. Possível, ainda, transmissão de direito específico, determinado, identificável e destacável da universalidade deixada pelo *de cuius*, operando-se sucessão a título particular, denominando-se o objeto transmitido, nessa hipótese, legado, e o sucessor, legatário²⁷.

Na sucessão universal, há indeterminação, anterior à partilha, sobre os bens ou

²⁴ Cf. BEVILAQUA, Clóvis, cit., 1938, p. 15-16.

²⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 51.

²⁶ Cf. BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1091-1092. À luz do ordenamento jurídico italiano, Guido Capozzi afirma não haver possibilidade de sucessão *inter vivos* a título universal, mas essa afirmação tem por fundamento peculiaridade do ordenamento italiano — inaplicável nesse aspecto ao brasileiro —, pois, a partir da reforma do direito societário promovida pelo D. Lgs. de 17 de janeiro de 2003, houve alteração da redação do art. 2.504-*bis* do Código Civil italiano, pela qual a fusão passou a ser considerada como mera modificação na evolução da pessoa jurídica originária, razão pela qual, ao menos pela concepção legal naquele país, não seria possível considerar existente, nesse caso, sucessão a título universal (CAPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 8-13).

²⁷ Maria Helena Diniz anota que a legislação francesa não emprega essa distinção, optando por denominar legatário todo sucessor na sucessão testamentária, a título universal ou particular. Herdeiro, na França, é expressão que indica aquele que sucede por designação direta da lei, ou seja, só há herdeiro legítimo, não testamentário (DINIZ, Maria Helena, cit., vol. 6, 2007, p. 301).

direitos que caberão aos herdeiros. Como observa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o valor da herança corresponde ao valor econômico a ela atribuído, considerada como patrimônio integral. Apurado o montante total, a partilha é realizada entre herdeiros tendo por referência não bens específicos, mas o valor econômico das respectivas frações ideais calculado sobre o da totalidade da herança. Em consequência, a determinação dos bens específicos só ocorre na partilha e se faz pela correspondência do valor econômico da cota ideal de cada herdeiro com bens que a ela correspondam²⁸.

Na sucessão particular, os bens ou direitos são determinados, mas a determinação, como observa Inocêncio Galvão Telles, assume gradações variadas, com maior ou menor concretização, desde bem determinado, perfeitamente identificado, existente dentre os deixados pelo *de cujus*, passando por grau intermédio, como na disposição dos móveis que guarnecem uma casa, ou do conjunto dos móveis ou imóveis do autor da herança, chegando, no extremo oposto, a uma universalidade inserida dentro da universalidade deixada pelo *de cujus*, como no caso de herança que ele havia recebido em razão da morte de terceiro e que ainda não havia sido partilhada. Todas essas hipóteses são consideradas como de legados²⁹.

A partir desse exemplo de legado de universalidade se percebe que o legatário pode receber conjunto de direitos e obrigações em situação que seria similar à de herdeiro. A sucessão particular, portanto, não significa transmissão, exclusivamente, de situações ativas ou passivas. Pode englobar conjunto de ambas. Essa possibilidade de o legatário responder por passivo vinculado à coisa legada era apontada por Clóvis Bevilacqua, ao salientar que o legatário, em face do autor da herança, “... não lhe sucede nas obrigações que não estejam, substancialmente, ligadas ao legado, ou que não tenham sido impostas pelo testador em concomitância com o legado”³⁰. O que distingue a sucessão a título particular é o fato de se referir a objeto singularmente considerado, destacável da universalidade do patrimônio deixado pelo *de cujus*, mesmo que esse objeto, considerado de forma isolada, seja ele próprio outra universalidade inserida naquela maior.

²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2012, p. 167-168.

²⁹ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 193-194. Carlos Maximiliano também menciona esse exemplo, de legado de herança de terceiro como hipótese de legado de universalidade e esmiúça que se leva em conta seu estado na abertura da sucessão, de modo que, segundo seus exemplos, se o rebanho duplicou, ou se foi reduzido a uma cabeça, assim se entrega (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol. II, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 287-288 e 290).

³⁰ BEVILAQUA, Clóvis, cit., 1938, p. 16.

2.2. Distinção de regime jurídico entre herança e legado.

A distinção entre herança e legado é de fundamental relevância na definição do regime sucessório. É expressiva a afirmação, nesse sentido, de Inocêncio Galvão Telles: “Referimo-nos à distinção entre *herança* e *legado*, que pelo seu significado se encontra no coração do direito sucessório, comandando em larga medida as pulsações deste organismo jurídico, tendo projecção e repercussões em todo ele”³¹. Os respectivos regimes jurídicos se distinguem, no direito brasileiro, basicamente, pelos aspectos a seguir discriminados.

2.2.1. Responsabilidade pelas dívidas do espólio.

Os herdeiros respondem pelas dívidas deixadas pelo *de cujus* nos limites das forças da herança (Código Civil, arts. 1.792 e 1.997 a 2.001), não os legatários, embora o legado possa ser absorvido pelas dívidas em caso de insuficiência das cotas dos herdeiros, de insolvência do espólio ou quando toda a herança, em sentido amplo, estiver dividida em legados. O que é corroborado pelo teor do art. 1.020 do Código de Processo Civil, pelo qual se confere legitimidade ao legatário para se manifestar sobre as dívidas do espólio quando a herança for toda dividida em legados ou quando importarem redução dos legados.

2.2.2. Transmissão da posse.

Ao herdeiro se transmite, no momento da morte, o domínio e a posse dos bens da herança, como se depreende ao art. 1.784 do Código Civil, aplicação do princípio da *saisine*, ao passo que, segundo o art. 1.923 e seu § 1º do mesmo código, o legatário recebe de imediato o domínio da coisa certa existente no acervo deixado pelo *de cujus*, postergando-se a transmissão da posse à apuração da solvência do espólio, posse a ser exigida daquele onerado com o cumprimento do legado (Código Civil, art. 1.934)

Em indagação sobre que posse seria essa, não recebida pelo legatário na abertura da sucessão, Pontes de Miranda observava que, por falta de precisão pelo Código Civil — ele se referia ao de 1916, mas a imprecisão permaneceu no de 2002 —, seriam possíveis duas interpretações, uma que considera não transmitida a posse imediata, recebendo o legatário

³¹ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 161.

desde logo a mediata e, portanto, com direito a se opor à turbação ou esbulho cometidos por terceiros; e outra, pela qual não receberia nem mesmo a posse indireta³². Carlos Maximiliano defendia que o legatário, recebendo o domínio no momento da morte do autor da herança, poderia desde logo reclamar a entrega da coisa legada ao onerado com seu cumprimento, ou mover ação reivindicatória contra terceiro, dispor do bem por ato entre vivos ou *causa mortis*, praticar atos conservativos da coisa, interromper prescrição etc., mas, enquanto não lhe fosse entregue a coisa certa legada, não poderia se valer dos interditos possessórios, reconhecendo-se legitimidade exclusiva ao herdeiro para a defesa da posse³³. Dentre as duas possibilidades, parece mais adequada a interpretação de que o legatário recebe, na abertura da sucessão, a posse indireta, a lhe permitir que possa defendê-la desde logo em face de terceiro, como projeção do domínio que lhe é transmitido de imediato. Seria contrassenso, ao que parece, lhe reconhecer direito de dispor do bem legado, de praticar atos conservativos, mas não poder defender a posse em face de terceiros, mesmo permanecendo inerte o herdeiro possuidor direto.

Pontes de Miranda ainda salientava, à luz do Código de 1916 — e nesse aspecto não houve alteração no de 2002 —, nada impedir que o testador atribua ao legatário, no momento da abertura da sucessão, a posse direta da coisa legada, de modo que a regra do § único do art. 1.690 do Código de 1916, similar ao § 1º do art. 1.923 do de 2002, seria dispositiva e não cogente³⁴. Carlos Maximiliano, ao contrário, afirmava que: “Ainda mesmo que no testamento se ordene a transmissão da posse pelo simples fato do óbito, é necessário que o herdeiro a faça. Êste é o Direito, desde o tempo de Roma”³⁵. Dentre as duas proposições, parece melhor a segunda, de se tratar de norma cogente, pois, no legado testamentário, mantém-se a posse direta com o herdeiro, que é o responsável pelo pagamento das dívidas em regra, até a verificação da solvência do espólio. Sendo essa a justificativa para que a posse direta não seja entregue de plano ao legatário, o caráter cogente da norma parece mais adequado a essa finalidade. Como será visto no exame do direito real de habitação, a situação é diversa quando se trata de legado *ex lege*, ou seja, não há impedimento à posse pelo legatário desde a abertura da sucessão.

³² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Disposições testamentárias. Herança e legados, Tomo LVII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, p. 230-233.

³³ MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. II, 1964, p. 366-367.

³⁴ MIRANDA, Pontes de, op. cit., Tomo LVII, p. 233.

³⁵ MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. II, 1964, p. 367.

2.2.3. Demais particularidades.

Os legados têm disciplina particular, não extensiva aos herdeiros, quanto aos vários tipos legais específicos de legado, em relação a seus efeitos e a seu pagamento, e no que se refere a especiais hipóteses de sua caducidade, consoante previsto no Capítulo VII, “Dos legados”, do Título III do Livro V do Código Civil.

Além disso, em norma de caráter supletivo, isto é, a incidir salvo disposição em contrário do testador, a lei confere preferência ao legado em relação à herança no tema da redução das disposições testamentárias excedentes à porção disponível. Trata-se de meio de proteção da legítima, estabelecendo a lei que, salvo disposição diversa pelo testador, reduzem-se preferencialmente as cotas do herdeiro e, somente se não bastarem, os legados na proporção de seu valor (Código Civil, art. 1.967, §§ 1º e 2º).

2.3. Classificação dos tipos de legado.

Conforme Carlos Maximiliano, no direito romano os tipos de legados podiam ser reduzidos a dois, o *per vindicationem* e o *per damnationem*. No primeiro, atribuía-se ao legatário direito real sobre a coisa legada, passível de reivindicação, separada do acervo deixado pelo testador, com transmissão imediata e direta do direito real, do testador ao legatário, sem passar pelo herdeiro. No segundo, o herdeiro recebia todo o acervo e o legatário direito de crédito a ser exercido em face do herdeiro, em ação pessoal e não real — chamava-se *per damnationem* porque se apresentava sob a forma de uma condenação (*damnatio*) a favor do legatário contra o herdeiro³⁶.

Vale a referência a essa distinção do direito romano, segundo Inocêncio Galvão Telles, porque ainda repercute na atualidade. Esse jurista, com efeito, classifica os legados em dispositivos e obrigacionais. Os dispositivos correspondem, aproximadamente, ao *per vindicationem*, com a diferença de que na atualidade podem se referir a créditos, não somente a direitos reais, e não só para transmitir créditos como para extingui-los, como no legado de quitação de dívida. Os legados dispositivos se transmitem automaticamente, na abertura da sucessão, mas, mesmo em relação a eles, remanesce resquício obrigacional, pelo direito conferido ao legatário de exigir do onerado a entrega da coisa legada. Nos legados obrigacionais, o legatário não adquire direito preexistente no patrimônio do *de*

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. II, 1964, p. 277-278.

cujus, nem formado à custa de direito preexistente, mas crédito novo, exigível de outro sucessor onerado com o pagamento, como no legado de coisa alheia ou no legado de coisa que se determine pelo gênero ainda que não exista entre os bens deixados pelo testador³⁷ (são as hipóteses, no Código Civil brasileiro, dos art. 1.913 e 1.915, respectivamente).

Massimo Bianca, por sua vez, classifica os legados em: a) translativos, tendo por objeto a propriedade ou direito real de gozo sobre bem determinado deixado pelo *de cuius*, ou crédito ou algum outro direito; b) obrigatórios, pelos quais se confere ao legatário crédito a ser exigido do onerado com o cumprimento do legado³⁸, exemplificando com legado de alimentos, de soma de dinheiro, de renda vitalícia; c) e legados que importam em renúncia a um direito hereditário, como no de liberação de débito³⁹.

2.4. A noção de legado.

A precisão do conceito corrente de legado é questionável. Caio Mário da Silva Pereira salientava haver dúvida doutrinária a respeito, ressaltando que, apesar disso, não se deve confundir herança com legado, herdeiro com legatário⁴⁰. Orlando Gomes dizia que: “A definição de *legado* tem torturado os juristas porque as legislações designam com esse vocábulo diversas espécies de disposições testamentárias, às quais falta um traço comum”⁴¹; exemplificando com hipóteses nas quais há legado, mas não existe sucessão, como no de quitação de dívida, de liberação de direito real na coisa do legatário, ou quando se impõe ao legatário o cumprimento de obrigação de fazer, situações em que não há transmissão de bens ou direitos⁴². Por causa dessas situações que não guardam relação com a acepção mais usual de legado, Orlando Gomes concluía não ser possível chegar a definição precisa: “A dificuldade de conceituação conduz a definir o legado por exclusão. Com esse nome, designa-se qualquer disposição testamentária que não signifique

³⁷ TELLES, Inocência Galvão, cit., p. 196-200.

³⁸ Os onerados com o cumprimento do legado, no silêncio do testamento, são os herdeiros e, não os havendo, os demais legatários, na proporção do que herdaram (Código Civil, art. 1.934). O testador pode impor o encargo do cumprimento do legado a um herdeiro específico ou a outro legatário. Dispõe o art. 1.935 que, se o legado for de coisa do patrimônio do próprio herdeiro ou legatário, como permite o art. 1.913, só a esse herdeiro ou legatário cabe cumpri-lo, com direito regressivo contra os coerdeiros, salvo se o testador dispuser diversamente.

³⁹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. 2, *La Famiglia e le Successioni*, 4. ed. Milão: Giuffrè, 2005, p. 784-802.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 275.

⁴¹ GOMES, Orlando, cit., 2004, p. 179.

⁴² GOMES, Orlando, ob. cit., p. 179. O legado de quitação de dívida é previsto no art. 1.918 do Código Civil. O legado com encargo, no art. 1.897, e, especificamente, de entregar coisa sua, móvel ou imóvel, a terceiro, no art. 1.913.

instituição de herdeiro. À falta de noção precisa, somente podem ser apontados os *caracteres* mais comuns do legado, à luz dos quais se apresenta, fundamentalmente, como uma liberalidade *mortis causa*, estabelecida, numa disposição de última vontade, a *título singular*⁴³. Essa definição de legado por exclusão é a solução adotada pelo Código Civil italiano, ou seja, considera legado toda disposição que não ocorre a título universal⁴⁴.

Guido Capozzi, abordando a questão no direito italiano, nesse aspecto muito similar ao brasileiro, salienta que a afirmação de que o legado configura típica sucessão a título particular tem o mérito da clareza, mas é equivocada ao colher somente um aspecto desse complexo fenômeno, pois se refere à hipótese normal na qual o legado consiste na atribuição de bens deixados pelo *de cuius*. Não abrange os casos em que, na linha da argumentação de Orlando Gomes, há legado, mas não existe sucessão, exemplificando com o legado de coisa do onerado ou de um terceiro, de coisa genericamente determinada, de coisa não existente no patrimônio do *de cuius*, de alimentos, de renda vitalícia e de quitação de dívida do legatário em face do autor da herança⁴⁵. Por esse motivo, observa o jurista italiano que a heterogeneidade das figuras compreendidas na noção de legado induz a doutrina a lhe dar definição de caráter negativo, por exclusão⁴⁶. Mas ele argumenta ser possível, como o faz parte da doutrina, tentar conferir definição de caráter positivo, que prescindia da sucessão a título particular, e define legado, então, como negócio jurídico *causa mortis* com efeitos atributivos, de direito real ou de crédito, ou extintivos, cujo âmbito se limita a direitos singularmente considerados⁴⁷.

No mesmo sentido, Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón destacam que, ao lado da situação mais comum, na qual o legatário sucede em determinadas e concretas relações jurídicas deixadas pelo autor da herança, nem sempre o legado implica sucessão, pois pode

⁴³ Op. cit., p. 180.

⁴⁴ É o que dispõe o art. 588, primeiro parágrafo, com a rubrica “Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare”: “Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario”.

⁴⁵ O Código Civil brasileiro prevê, assim como o italiano, legado nessas mesmas hipóteses: legado de coisa alheia (art. 1.913), de coisa genericamente determinada (art. 1.915), de coisa não existente no patrimônio do falecido (arts. 1.913 e 1.915), de alimentos (art. 1.920), renda vitalícia (art. 1.926) e quitação de dívida (art. 1.918).

⁴⁶ CAPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 72-73.

⁴⁷ Confira-se: “... il legato è il negozio giuridico a causa di morte con effetti attributivi (di diritti reali o di credito) o estintivi, la cui portata rimane limitata ai singoli diritti specificamente considerati” (CAPOZZI, Guido. *Successioni e Donazioni*, Tomo II, 3. ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 1106). O mesmo autor, porém, acrescenta que a doutrina dominante na Itália admite a existência de legados *ex lege*, como no direito de habitação conferido ao cônjuge sobrevivente (ibid, p. 1110-1112), evidenciando-se que o legado não tem como fonte exclusiva o negócio jurídico, o testamento.

representar, em algumas situações, obrigação nova, que não se encontra na herança⁴⁸. Salientam esses juristas espanhóis, por outro lado, que não é satisfatório afirmar que o legatário é simples adquirente a título gratuito, como se fosse donatário, pois essa não é característica de todos os tipos de legado. Em razão das dificuldades de definição, confirmam que parte da doutrina adota atitude passiva, caracterizando legado como toda atribuição patrimonial distinta da instituição de herdeiro, mas ressalvam ser conceito residual, que deixa no ar saber o que é um legado. Propõem esses autores, então, a definição de legado como disposição de última vontade pela qual o testador ordena a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica; e que, embora no legado de coisa certa, o domínio se transmita automaticamente com a morte, ainda assim se estabelece relação jurídica, pois o legatário se torna credor da prestação dirigida a quem deve lhe entregar a posse da coisa legada, salvo quando se lhe permita tomar a posse diretamente⁴⁹.

Em artigo no qual analisa a distinção entre herdeiro e legatário, Antônio Junqueira de Azevedo apresenta interessante argumentação. Principia por observar que os manuais, de modo geral, costumam considerar dois aspectos. Pelo primeiro, salienta-se ser o herdeiro sucessor a título universal e o legatário a título singular. Pelo segundo, destaca-se a fonte da delação, possível haver herdeiro na sucessão legítima e na testamentária, ao passo que o legatário seria figura exclusiva da testamentária.

Mas argumenta que esses traços distintivos não são satisfatórios, porque saber se a sucessão é a título universal ou singular é consequência de se tratar de herdeiro ou legatário, não o ponto de partida. E o segundo critério incorre em erro, pois há, por exemplo, legado *ex lege*, representado pelo direito real de habitação do cônjuge no único imóvel residencial do casal, havendo, ainda, herdeiro *ex re certa* quando o testador discrimina quais bens irão compor o quinhão de cada herdeiro⁵⁰, hipótese esta que se aproxima do legado.

Após recordar a observação de Orlando Gomes, acima mencionada, sobre a

⁴⁸ Confira-se: “No obstante, hay que advertir que no siempre el legado es sucesión. Es posible, como veremos en su momento, que el legatario no suceda en ninguna relación jurídica del causante, sino que se cree. Así, por ejemplo, piénsese en un legado de renta anual que el testador impone a su heredero a favor de un tercero o en un legado de cosa ajena. La relación obligatoria se crea *ex novo*, no está en la herencia” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 297).

⁴⁹ Ibid., p. 379. No direito brasileiro ocorre situação similar, como visto em nota anterior, pois o legatário, salvo disposição diversa do testador, não recebe de imediato a posse direta, o que lhe confere o direito de reclamá-la daquele onerado com o cumprimento do legado.

⁵⁰ Cf. arts. 2.014 e 2.018 do Código Civil.

difficuldade de conceituação e distinção entre herdeiro e legatário, e de que a solução seria, por assim dizer, de rendição, definindo legado por exclusão, Antônio Junqueira, para não chegar a esse extremo, sugere adotar como pressuposto metodológico o raciocínio tipológico ao lado do conceitual. Explica que os conceitos se definem, os tipos se descrevem. No conceito, ou algo nele se encaixa ou não, sem que se possa entrever terceiro gênero. No tipo, o objeto pode estar mais ou menos distante, como no exemplo apresentado pelo professor, do tipo barroco, podendo-se afirmar que uma construção é mais ou menos barroca. Em consequência, o herdeiro *ex re certa*, por exemplo, é herdeiro, mas mais próximo do legatário do que um herdeiro em cota abstrata.

Finalmente, conclui ser o herdeiro não um continuador da pessoa do falecido, nem exatamente quem é sucessor a título universal, mas quem toma o lugar do *de cujus* no patrimônio, representado pelo ativo e passivo, e dá continuação às relações jurídicas por ele deixadas. O legatário, por sua vez, recebe bens ou vantagens circunscritos, como mero adquirente de bens e não continuador patrimonial do falecido⁵¹.

Em sentido algo similar, Inocêncio Galvão Telles distingue qualificação e estatuto. Afirma que a qualificação como herdeiro ou legatário é rigidamente imperativa, inalterável por vontade do *de cujus*. O estatuto de cada um desses tipos de sucessor, por sua vez, é em parte imperativo e em parte dispositivo⁵². Em consequência, esse jurista, na linha da ponderação acima mencionada de Caio Mário da Silva Pereira, afirma que, em termos de qualificação, ou se é herdeiro ou legatário, nos termos fixados pela lei. Mas herdeiros e legatários estão sujeitos a estatutos-tipo que, em razão de serem em parte dispositivos, apresentam regimes maleáveis, admitindo inter-relação, ou seja, que certas modalidades do estatuto de um sejam aplicadas ao outro e vice-versa⁵³.

Em síntese, apesar da dificuldade referida por Orlando Gomes, parece não ser caso

⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Espírito de Compromisso do Direito das Sucessões perante as Exigências Individualistas de Autonomia da Vontade e as Supra-individualistas da Família. Herdeiro e Legatário, In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 338-344.

⁵² Em regra, por exemplo, o legatário não responde pelo passivo, mas o testador pode lhe atribuir essa obrigação, dispondo que as dívidas serão pagas prioritariamente pela coisa legada. Recorde-se, ainda, a possibilidade examinada anteriormente neste capítulo, de que toda a herança esteja dividida em legados, inexistindo herdeiro, em que o pagamento das dívidas, fugindo ao que de ordinário ocorre, é suportado pelos legatários.

⁵³ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 231-232. Nesse rumo a opinião de Jorge Duarte Pinheiro: “À qualificação como herdeiro ou como legatário corresponde um regime tendencialmente (muito) distinto. Tendencialmente, sublinhe-se. Em regra, o estatuto do herdeiro é muito diverso do do legatário. Não são, porém, estatutos rígidos. Os estatutos de herdeiro e legatário acabam por ser maleáveis em virtude de as normas que traçam o regime das atribuições a título de herança ou legado comportarem exceções ou assumirem cariz supletivo. Há, quando muito, estatutos-tipo” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 65).

de conceituar legado por exclusão, o que pouco significa, mas adotar conceito mais abrangente, sem identificá-lo com sucessão. Na linha da doutrina de Guido Capozzi, e de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, seria possível definir legado como disposição testamentária — ou legal, segundo nos parece, em razão dos chamados legados *ex lege* — que tem por objeto bens ou direitos singularmente considerados, pela qual se atribuem direitos reais ou créditos, ou pela qual se determina a extinção de direito em razão da abertura da sucessão. E, conforme explanação de Antônio Junqueira de Azevedo e Inocêncio Galvão Telles, o legado é regido por estatuto-tipo maleável, comportando aproximações, por vezes, com o estatuto-tipo de herdeiro.

Capítulo 3

ESPÉCIES DE SUCESSÃO QUANTO À FONTE DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.

3.1. Explicação prévia: vocação hereditária.

Vocação era termo empregado no Código Civil de 1916 exclusivamente para compor a expressão “ordem da vocação hereditária”, a relação preferencial de classes de herdeiros que rege a sucessão legítima. Nesse contexto, vocação significava a aptidão para ser sucessor tendo como título a lei. Seria possível falar, nessa acepção, não só em vocação hereditária legítima como também, quando o título é o testamento, em vocação testamentária.

No Código de 2002, mantida a expressão “ordem da vocação hereditária” para designar o mesmo fenômeno, o termo vocação também passou a ser empregado em capítulo que representa novidade em face do Código anterior, denominado “Da vocação hereditária” (Capítulo III do Título I do Livro V), no qual disciplinada matéria que até então costumava ser identificada pela doutrina como capacidade sucessória passiva⁵⁴. Vocação, portanto, é termo que passou a ser utilizado tanto para identificar a capacidade sucessória passiva, em termos genéricos, quanto em relação à potencialidade para ser sucessor com base em um dos títulos admissíveis (vocação legítima, testamentária e, segundo se propõe neste estudo, vocação necessária). É possível dizer, assim, por exemplo, com base na terminologia de nosso Código Civil, que todas as pessoas nascidas ou já concebidas na abertura da sucessão têm capacidade sucessória passiva, têm vocação hereditária, como dispõe o art. 1.798, mas, considerando-se como título a lei, na sucessão intestada têm vocação legítima somente as que, em face de outra a ser sucedida, se encontram em uma das classes de sucessíveis da ordem da vocação hereditária do art. 1.829. Da mesma forma, há vocação testamentária em relação àqueles contemplados em testamento, a concretizar-se na abertura da sucessão.

Orlando Gomes fazia distinção entre designação e vocação hereditária. A designação com significado de identificação dos sucessíveis, dos potenciais sucessores,

⁵⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 117; e GOMES, Orlando, cit., 2004, p. 29.

com base na lei ou no testamento. E a vocação como “... *a designação concreta*, através da qual se objetiva em determinadas pessoas o *aspecto subjetivo da delação*”, a partir do efetivo chamamento a suceder, ocorrida a abertura da sucessão⁵⁵. Essa é a concepção adotada pela doutrina portuguesa em geral, distinguindo designação como fenômeno pré-sucessório, a identificar os sucessíveis, a potencialidade para ser sucessor, a partir de distintos “factos designativos” (e, nesse sentido, no ordenamento português, diz-se haver designação legítima, legitimária, testamentária e contratual). Vocação é empregada para identificar o efetivo chamamento a suceder, com base nos diferentes títulos referidos, a partir da abertura da sucessão, a ser confirmado pela aceitação⁵⁶. A capacidade sucessória passiva, que entre nós passou a ser denominada de “vocação hereditária”, é considerada, pela doutrina portuguesa, como um dos três elementos “clássicos” da vocação sucessória, a saber: o título (a lei, o testamento), a existência ao tempo da abertura da sucessão e a capacidade para efeitos sucessórios⁵⁷.

No Código Civil brasileiro, no entanto, como visto, vocação denomina tanto a capacidade sucessória passiva como a situação dos sucessíveis, anterior à abertura da sucessão, equivalendo ao que em Portugal é denominado como designação. No Código brasileiro, o fenômeno que a doutrina portuguesa chama de vocação é identificado por chamamento (cf. arts. 1.799, 1.808, § 2º, 1.809, § único, 1.823, 1.836, 1.839, 1.851, 1.941, e 2.005, § único) ou devolução (cf. arts. 1.810, 1.813, § 2º, e 1.844). Diante dessas peculiaridades de nosso Código, neste trabalho serão utilizadas indistintamente as expressões vocação e designação para denominar a situação dos sucessíveis; e chamamento, delação ou devolução, para a concretização da vocação ou designação após a abertura da sucessão.

3.2. Classificação quanto à fonte da vocação hereditária. Distintas subespécies de sucessão legítima.

No Código Civil de 1916, o art. 1.573 dispunha que: “A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei”, adotando classificação tradicional entre nós, entre sucessão legítima e testamentária. A distinção é fundamental, pois essas

⁵⁵ GOMES, Orlando, cit., 2004, p. 17, *itálico no original*.

⁵⁶ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 495; ASCENSÃO, José de Oliveira, cit., p. 38; CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 133; FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 141; PINHEIRO, Jorge Duarte, cit., p. 59.

⁵⁷ Cf. CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 282.

modalidades têm regimes jurídicos diferenciados em inúmeros aspectos. A relevância da classificação se evidenciava pelo simples exame do modo como o Código, no Livro V, “Do direito das sucessões”, distribuía a matéria em quatro títulos, na seguinte ordem: “Da sucessão em geral”, “Da sucessão legítima”, “Da sucessão testamentária” e “Do inventário e da partilha”. Além dos aspectos introdutórios aplicáveis a todo tipo de sucessão, objeto do título inaugural, e do arremate final, na disciplina de algumas questões relacionadas ao inventário e à partilha, a parte por assim dizer mais substancial, na definição de quem seriam os sucessores e o objeto a ser por eles recebido, estava contida nos títulos da sucessão legítima e da testamentária.

Como sucessão legítima, compreendia-se tão somente a intestada, a que se verifica à falta de disposição patrimonial por meio de testamento ou codicilo. Sucessão legítima e intestada, portanto, eram expressões tidas como sinônimas. No bojo da sucessão testamentária, em meio ao título a ela destinado (Título III), encontrava-se a parte mais substancial da disciplina do tema dos herdeiros necessários e da legítima, nos Capítulos XII (“Dos herdeiros necessários”) e XIII (“Da redução das disposições testamentárias”). O que significava que, pela concepção do Código de 1916, ao menos em sua versão original, a proteção imperativa de familiares mais próximos do autor da herança — integral e exclusivamente vinculada à disciplina dos herdeiros necessários —, era considerada elemento integrante da sucessão testamentária, acidente em seu percurso. A proteção desses familiares era concebida, dessa forma, especialmente, por viés por assim dizer negativo, de limitação à liberdade testamentária⁵⁸.

O Código Civil de 2002 manteve norma similar ao transcrito art. 1.573 do Código de 1916, dispondo, no art. 1.786 que: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Ocorreu alteração, aparentemente sutil, na menção à sucessão legítima antes da testamentária. Uma interpretação que se dá a essa inversão de redação é que talvez represente o reconhecimento do fato de que, no Brasil, a sucessão intestada é muito mais frequente do que a testamentária⁵⁹. Pode ser, também, que, ao promover tal mudança, o

⁵⁸ É o que sublinha Cláudio Luiz Bueno de Godoy: “Inserida, no anterior Código, como capítulo do título destinado à sucessão testamentária (Capítulo XII do Título III), a matéria era encarada tão só sob a perspectiva de uma restrição à liberdade de testar, quando houvesse descendentes e ascendentes do autor da herança, hipótese em que se lhe garantia apenas a possibilidade de dispor sobre metade de seu patrimônio, sua assim denominada parte disponível” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Herdeiros Necessários e da Gravação da Legítima no Novo Código Civil*, In: NANNI, Giovani Ettore (Coord.). *Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 719).

⁵⁹ É o que aventam Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Eduardo de Oliveira Leite (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código*

legislador tenha encampado argumento de Pontes de Miranda no sentido de que mesmo a sucessão intestada teria preeminência lógica sobre a testamentária⁶⁰. Outra possibilidade interpretativa, ainda, sobre essa mudança de redação, parece ser a de que, no âmbito da sucessão legítima, o Código de 2002 manteve a disciplina da sucessão intestada, mas também incorporou o tema dos herdeiros necessários e da legítima, ao transplantar o respectivo capítulo, “Dos herdeiros necessários”, do título da sucessão testamentária para o da sucessão legítima (Título II, Capítulo II). Por essa disposição da matéria no Código de 2002, sucessão legítima passou a ser expressão que não se identifica mais exclusivamente à sucessão intestada, englobando a que aqui se denomina de sucessão necessária. E a sucessão necessária, representando proteção irreduzível por testamento, reconhecida pelo Código atual como subespécie de sucessão legítima, pode ter sido considerada pelo legislador como antecedente lógico da sucessão testamentária, o que, segundo parece, melhor explicaria a referida alteração redacional.

De qualquer modo, o relevante é que a mudança do capítulo “Dos herdeiros necessários” para o título da sucessão legítima não é despida de significado, representando, ao contrário, reconhecimento legal, em primeiro lugar, de que não se trata de tema accidental à sucessão testamentária. Em segundo, realçou-se que a sucessão imperativa de herdeiros necessários também é sucessão legítima, no sentido antes mencionado, de sucessão na qual os sucessores são designados diretamente pela lei, sem concurso de manifestação de vontade do autor da herança. Iluminou-se, assim, a outra faceta da sucessão necessária, além da mera limitação à liberdade testamentária, que é seu caráter imperativo, de proteção a familiares mais próximos do autor da herança, com base na solidariedade familiar.

Pode-se afirmar, diante disso, que, no Código de 2002, assim como se verificava no de 1916, quanto à fonte da vocação hereditária, a sucessão pode ser de duas espécies,

Civil, vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32-34; e LEITE, Eduardo de Oliveira, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 31). Eduardo de Oliveira Leite ressalva ter essa realidade de forte prevalência da sucessão intestada se verificado especialmente a partir da vigência do Código de 1916, pois, segundo estudo por ele referido, da historiadora Maria Beatriz Nizza da Silva (*Vida privada e cotidiano no Brasil (na época de D. Maria I e D. João VI)*). São Paulo: Referência/ Editorial Estampa, 1993), no Brasil colonial, no Século XVIII, em razão de diversos fatores (a inexistência de sistema codificado, a acanhada organização judiciária, a preocupação das pessoas em registrar suas decisões para recompensar quem as havia ajudado na velhice ou enfermidade etc.), o uso do testamento era largamente disseminado, mesmo entre segmentos sociais menos favorecidos e também entre a população negra (op. cit., p. 377-380).

⁶⁰ Confira-se: “... a própria sucessão legítima, se só o testamento a pode afastar, não há de ser posta depois da sucessão testamentária. O que pode pré-excluir tem de supor que algo exista que possa ser pré-excluído” (MIRANDA, Pontes de, cit., Tomo LV, p. 202).

legítima ou testamentária. O diferencial é que o Código atual, pela referida alteração da localização do capítulo “Dos herdeiros necessários”, deixa mais evidente que, no âmbito da sucessão legítima, se encontram disciplinadas duas modalidades distintas de sucessão, duas “subespécies” como salienta Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁶¹.

O Código se refere à espécie como sucessão legítima e utiliza essa mesma expressão, no art. 1.829, para denominar a subespécie que opera à falta de testamento. A sucessão que, ao contrário, se verifica a despeito do testamento é identificada pelos sujeitos protegidos, os herdeiros necessários. O Código não lhe atribui nome próprio.

Na vigência do Código de 1916 já havia reconhecimento doutrinário da existência de espécies diferenciadas de sucessão legítima. Pontes de Miranda, por exemplo, as distinguia com as expressões sucessão legítima necessária e sucessão legítima não-necessária⁶². Diante do atual quadro normativo, é possível reconhecer mais claramente, para fins didáticos, que há a espécie sucessão legítima, que poderia ser chamada sucessão legal como faz o Código Civil português⁶³, ou, ainda, sucessão legítima em sentido amplo. E que é composta, por sua vez, por duas subespécies: uma, a sucessão legítima em sentido estrito ou sucessão intestada; a outra, a que aqui se denomina de sucessão necessária, chamada sucessão legitimária no Código Civil português, também identificada como sucessão forçada.

A sucessão intestada e a necessária têm em comum o fato de que os sucessores são designados diretamente pela lei e por isso integram a mesma espécie, sucessão legítima. Mas configuram subespécies autônomas, porque distintas em todos os demais aspectos, ou seja, basicamente, como ressalta Luís A. Carvalho Fernandes, quanto a seus fundamentos, sujeitos, objeto e em relação à natureza das normas que as regem⁶⁴. Esses elementos singulares da sucessão necessária serão examinados nos dois capítulos seguintes.

3.3. Sucessão necessária: explicação terminológica.

Antes de prosseguir no exame desses elementos singulares da sucessão necessária, uma explicação sobre o motivo pelo qual escolhida essa expressão para denominar a modalidade de designação sucessória objeto deste estudo.

⁶¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 719-720.

⁶² MIRANDA, Pontes de, cit., Tomo LV, p. 201.

⁶³ Com a rubrica “Espécies de sucessão legal”, o art. 2.027º do Código Civil português dispõe: “A sucessão legal é legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastadas pela vontade do seu autor”.

⁶⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 374.

O Código Civil de 2002, como visto no item anterior, seguindo o que já se verificava no de 1916, não emprega a expressão sucessão necessária, ou outra equivalente, como forçada ou legitimária. Ora se refere aos sujeitos dessa modalidade sucessória, os herdeiros necessários, ora a seu objeto, a legítima. Não obstante, sucessão necessária é expressão que tem alguma tradição doutrinária entre nós. Pontes de Miranda, como anotado no item anterior, distinguia sucessão legítima necessária e sucessão legítima não-necessária. Arnaldo Wald utiliza o termo sucessão necessária⁶⁵, assim como, na doutrina mais recente, o fazem Paulo Nader⁶⁶, Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁶⁷ e Ana Luiza Maia Nevares⁶⁸.

O Código Civil italiano também não emprega denominação própria. À semelhança do que se verifica no Brasil, o capítulo respectivo tem como nome “Dei Legittimari”, dos legitimários, os sujeitos dessa modalidade sucessória. A doutrina italiana, porém, para fins didáticos, emprega a expressão sucessão necessária amplamente⁶⁹. O Código Português, como apontado no item anterior, adota a expressão sucessão legal para designar a espécie, referindo-se expressamente às subespécies sucessão legítima, que é a intestada, e legitimária⁷⁰. Prefere-se, neste estudo, sucessão necessária em vez de legitimária, porque, no Brasil, ao contrário de Portugal, os sujeitos dessa proteção legal imperativa são tradicionalmente chamados de herdeiros necessários, não de legitimários como se verifica no direito português.

Sucessão necessária não é expressão imune a críticas, porque poderia acarretar confusão com o conceito romano de *heres necessarius*, que designava o chamado à herança que não podia repudiá-la, ao passo que, no direito moderno, é a denominação da sucessão que se impõe mesmo contra a vontade do autor da herança, mas sem excluir direito de renúncia pelos herdeiros necessários⁷¹. Nessa linha, Luigi Mengoni explica que o conceito atual de sucessão necessária, ignorado no direito romano, foi objeto de

⁶⁵ WALD, Arnaldo. *O Novo Direito das Sucessões*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 161.

⁶⁶ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 6, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 161.

⁶⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., p. 718 e segs.

⁶⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. O Princípio da Intangibilidade da Legítima, In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 496.

⁶⁹ Cf., exemplificativamente, dentre inúmeros outros: MENGONI, Luigi. Successioni per Causa di Morte – Parte Speciale, Successione Necessaria, In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XLIII, t. 2. Milão: Giuffrè, 1967; BIANCA, Massimo, cit..

⁷⁰ Não obstante, Inocêncio Galvão Telles emprega, também, a expressão sucessão necessária, especialmente na contraposição à testamentária (TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 274-277)

⁷¹ Cf. WALD, Arnaldo, cit., p. 193-194.

transposição e deformação pela doutrina pandectista alemã. Transpôs-se o conceito romano de *heres necessarius*, isto é, aquele que herdava independentemente de aceitação, sem poder renunciar, desde que não houvesse sido expressamente deserdado no testamento do *pater*, mas com significado diverso no direito moderno, acima enunciado, pois é designação daquele que sucede mesmo contra disposição de última vontade, embora possa renunciar à herança⁷². Como salienta Luís A. Carvalho Fernandes, na concepção atual, a sucessão é necessária ou forçada não para os sucessores, que são livres para renunciar após a abertura da sucessão, e sim para o *de cuius*, pois, salvo em caso de deserdação motivada, não pode afastar os designados pela lei⁷³. Na concepção originária, de herdeiro necessário que herda sem necessidade de aceitar e que não pode renunciar, a única hipótese remanescente na atualidade é a da sucessão em favor do Estado, à falta de sucessíveis legítimos⁷⁴.

Sobre essas críticas, Maria Dosseti observa que, embora a expressão sucessão necessária não seja de todo apropriada pelas referidas razões, na Itália caiu no uso dos juristas e, além disso, tem sua utilidade, a distinguir, em fórmula sintética, a sucessão contra o testamento – na verdade não só contra o testamento, mas também contra doações inoficiosas –, e nesse sentido necessária, da sucessão em falta de testamento, a chamada sucessão legítima⁷⁵.

Como a expressão conta com alguma tradição no Brasil, como visto, sendo a mais aproximada do nome dos sujeitos protegidos, os herdeiros necessários, tendo a utilidade acima mencionada, de distingui-la da sucessão legítima em sentido estrito ou intestada, optou-se por seu emprego neste estudo.

⁷² MENGONI, Luigi, cit., p. 3.

⁷³ FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 82.

⁷⁴ Cf. CATTANEO, Giovanni. La vocazione necessaria e la vocazione legittima, In: *Trattato di Diritto Privato: successioni*, vol. 5, tomo 1. Turim: Utet, 1982, p. 378.

⁷⁵ DOSSETTI, Maria. Concetto e Fondamento della Successione Necessaria, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 9.

FUNDAMENTOS DAS MODALIDADES DE SUCESSÃO QUANTO À FONTE DA VOCAÇÃO.

4.1. Sucessão intestada e a continuidade das relações jurídicas do autor da herança.

Não existia sucessão por morte em tempos primitivos, quando a propriedade era coletiva. Segundo Carlos Maximiliano: “Primitivamente, só o grupo social, exíguo, embrionário (a tribo, o clã, a *gens*) era sujeito de direito e, como o grupo não morre, não havia lugar para a sucessão. Reinava comunismo integral”⁷⁶.

A sucessão *causa mortis* surge como inerente a sistemas jurídicos nos quais se reconhece a propriedade individual, indispensável a permitir a continuidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido⁷⁷. A exigência dessa continuidade é a razão de ser do direito das sucessões. Seria impensável que os bens deixados por ocasião da morte da pessoa natural ficassem sem titular, à sorte de quem deles se apossasse. Ou que suas relações obrigacionais simplesmente se extinguissem, em prejuízo de seus credores ou em benefício de seus devedores⁷⁸.

Essa função essencial do direito sucessório é, por assim dizer, neutra, pois não reflete preocupação em relação a quem serão os destinatários do patrimônio. Importa, fundamentalmente, que haja algum sucessor, que a sucessão se verifique. A realização dessa finalidade mais básica do direito das sucessões é cumprida por uma das espécies de sucessão, na classificação que leva em conta a fonte da designação sucessória. Trata-se da sucessão legítima intestada, aquela em que, não havendo testamento, os sucessores são

⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 22. A esse tema se voltará quando do exame dos antecedentes históricos da sucessão necessária.

⁷⁷ Cf. TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 257-258.

⁷⁸ Em expressiva passagem, salienta José de Oliveira Ascensão: “A morte, como fenómeno definitivo e irreversível, é causa de descontinuidade na vida social. Nas relações pessoais há um epílogo. Nas relações institucionais, nomeadamente familiares, há um hiato, que se procura de diversas maneiras colmatar. No plano das relações patrimoniais há uma interrupção, de que podem sofrer inclusivamente todos os terceiros que mantinham laços jurídicos com o autor da sucessão. Mas a vida social exige continuidade. Não suporta imobilismos; e mesmo aos abalos periódicos que a sacodem reage através da adopção sub-rogatória de fórmulas de continuidade. O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte”; e, mais adiante: “É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste, assegurando a continuação justa, embora em mãos diferentes. Reclamam-no os terceiros e com eles toda a vida social” (ASCENSÃO, José de Oliveira, cit., p. 11-12). No mesmo sentido: NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 17-18.

indicados diretamente pela lei, observada a ordem da vocação hereditária⁷⁹.

Pois, se o autor da herança não cuidou de regular sua própria sucessão, a lei, para garantir continuidade às suas relações jurídicas, supre a falta de disposição de última vontade, designando diretamente os sucessores. Por essa razão a doutrina salienta ter a sucessão legítima intestada natureza supletiva⁸⁰, desempenhando papel auxiliar da sucessão testamentária⁸¹.

Consoante Sílvio Rodrigues, era frequente na doutrina a afirmação de que a sucessão legítima intestada derivava do conformismo do autor da herança com a transmissão de seus bens segundo a ordem de vocação legal, como se esta fosse seu “testamento presumido”⁸². Outro argumento comumente empregado é o de que a sucessão legítima teria fundamento no vínculo familiar, no interesse superior da família, na solidariedade entre familiares⁸³.

⁷⁹ Por falta de testamento, a acarretar a sucessão intestada, se compreendem, basicamente, as hipóteses de: 1) *inexistência* de disposição patrimonial por testamento ou codicilo (porque nunca elaborado ou por ter sido revogado, ou, se existente, por se limitar a disposições não patrimoniais, como o reconhecimento de filhos); 2) *incompletude* do testamento, por não se referir a todo o patrimônio, aplicando-se a sucessão legítima no remanescente; 3) *caducidade* do testamento, a significar perda da eficácia, total ou parcial, por causa posterior à sua elaboração, como no caso da morte do sucessor antes do testador, ou de sua exclusão da sucessão por indignidade (Código Civil, arts. 1.939, IV e V), ou se renuncia à herança ou ao legado, desde que não seja caso de substituição, vulgar ou fideicomissária (Código Civil, arts. 1.947 a 1.960), ou de direito de acrescer entre herdeiros e legatários (Código Civil, arts. 1.941 a 1.946); ou, em outro exemplo, decai pelo transcurso do prazo de eficácia previsto em lei para os testamentos especiais, cuja utilização é autorizada em situações excepcionais (cf. art. 1.891 e 1.895 do Código Civil); 4) *invalidade* do testamento, por nulidade ou anulabilidade, total ou parcial, podendo ser parcial porque a invalidade de uma cláusula não contamina as demais que são dela separáveis (art. 1.910); com as importantes observações, apresentadas por Zeno Veloso, da possibilidade de convalidamento da nulidade após o transcurso do prazo decadencial de cinco anos (art. 1.859), exceção ao sistema geral, pelo qual o negócio jurídico nulo não convalida pelo decurso do tempo (art. 169); convalidamento que não se verifica, no entanto, quando, ao invés de nulidade, houver inexistência, como no caso de ser falsa a assinatura do testador (VELOSO, Zeno, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21-28); 5) *rompimento* do testamento nas hipóteses dos arts. 1.973 e 1.974 do Código Civil (sobre as hipóteses de sucessão intestada, detalhadamente, confira-se, por todos: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cit., 2003, p. 41-50).

⁸⁰ Cf. BIANCA, Massimo, cit., p. 713; e Díez-Picazo, Luis; Gullón, Antonio, cit., p. 468.

⁸¹ Cf. MONACHE, Stefano Delle. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 6.

⁸² RODRIGUES, Sílvio, cit., vol. 7, 2002, p. 16. No mesmo sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 6, 35. ed., atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11. Sobre o tema, ainda, Inocêncio Galvão Telles explica que a teoria da sucessão intestada como testamento presumido do *de cujus* gozava de prestígio em época em que imperava o dogma individualista, em que tudo no mundo normativo era reconduzido à vontade individual, como valor supremo e absoluto (TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 140-144).

⁸³ Carlos Maximiliano mesclava os dois fundamentos, vontade presumida do *de cujus* e solidariedade familiar: “*Successão legítima* é a que, na falta de disposição expressa e válida do *de cujus*, relativa a todo o acervo hereditário, a lei defere, com atender ao vínculo familiar e à vontade presumida do defunto. Tem as suas raízes na preocupação social com a unidade e a solidariedade da família: o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência daquela unidade e a presunção da existência da solidariedade” (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 132).

Ambas as proposições, no entanto, parecem de difícil subsunção na sucessão por colaterais de graus mais distantes — de até quarto grau no direito brasileiro (Código Civil, art. 1.839) —, com os quais muitas vezes o *de cujus* não mantinha nenhum relacionamento, ou sequer os conhecia, inexistente vínculo familiar, a não ser muito tênue, sem implicar verdadeira solidariedade.

Essa conclusão é reforçada ao se recordar que não há obrigação alimentar entre colaterais além do segundo grau (Código Civil, art. 1.697), parecendo incongruente, em relação a graus mais distantes, deferir-se por morte, sob fundamento de solidariedade familiar, assistência material que a lei não impunha em vida⁸⁴.

Se as referidas justificativas para a sucessão intestada, com base no interesse familiar ou na vontade presumida do *de cujus*, não se amoldam ao caso de colaterais de graus mais distantes, definitivamente não têm pertinência na transmissão hereditária ao Estado, nos casos de herança vacante⁸⁵.

O fundamento da sucessão intestada parece ser, na verdade, como salienta Stefano Delle Monache, o de desempenhar a referida função mais genérica e ampla do direito sucessório, de natureza supletiva, assegurando, na falta de disposições de última vontade, a continuidade às relações jurídicas do *de cujus*, designando a lei alguém a sucedê-lo, ainda que parentes distantes por ele ignorados, ou mesmo o Estado. Responde a sucessão intestada, portanto, em caráter principal, a essa exigência de continuidade, qualificada por esse jurista como ineludível em uma sociedade avançada⁸⁶. No mesmo sentido, Díez-Picazo e Gullón argumentam que, conferida pela lei preferência à sucessão testamentária, a intestada tem o caráter de regime supletório ou dispositivo, operando na falta do negócio jurídico privado ordenador da sucessão, com a finalidade de preencher a lacuna criada pela ausência de testamento⁸⁷.

Não se quer dizer que, na sucessão intestada, haja indiferença ao interesse familiar, que seja irrelevante à lei quem serão os sucessores. Ao estabelecer o esquema da ordem da vocação hereditária, com preferência a classes de familiares mais próximos, em face dos

⁸⁴ Massimo Bianca observa ser tendência da sociedade atual restringir a relevância da relação familiar ao âmbito da família nuclear, tendo perdido significado e papel a chamada grande família, comunidade intermédia na qual o indivíduo no passado realizava grande parte de sua exigência de solidariedade, salientando esse jurista que a persistência de atribuição sucessória a colaterais, até o sexto grau na Itália, remanesce mais por tradição histórica do que por geral exigência da consciência social (BIANCA, Massimo, op. cit., p. 712).

⁸⁵ Conforme o art. 1.822 do Código Civil, os bens da herança vacante se transmitem ao Município ou ao Distrito Federal, onde localizados, ou à União se situados em território federal.

⁸⁶ MONACHE, Stefano Delle, ob. cit., p. 8-10.

⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, cit., p. 468.

quais presumivelmente o autor da herança mantinha laços de afeição, como é o caso de descendentes, do cônjuge ou ascendentes, e mesmo em face de irmãos, colaterais de segundo grau, a designação legítima intestada, quando opera em favor deles, atende, sem dúvida, exigências de solidariedade familiar⁸⁸. Não obstante, essa função, que acaba se realizando muitas vezes, tem na sucessão intestada caráter secundário e eventual. O papel essencial desta é a de dar sucessor ao patrimônio que perdeu seu titular, o que justifica, repise-se, venha a suceder pessoa em face da qual o autor da herança não tinha nenhum vínculo familiar verdadeiro e até mesmo o Estado. A solidariedade familiar é o fundamento primordial não da sucessão intestada e sim da sucessão necessária⁸⁹, como será adiante examinado.

4.2. Sucessão testamentária e sucessão necessária: liberdade e solidariedade.

O direito das sucessões, como visto no item anterior, cumpre essa função indispensável à vida social, de proporcionar continuidade às relações jurídicas transmissíveis deixadas pelo *de cujus*, e que é resguardada pelo referido caráter supletivo, residual, da sucessão intestada. Além dessa função mais geral, comum a todos os ordenamentos jurídicos que reconhecem a propriedade individual, cada um deles, em um plano mais concreto, faz suas próprias opções políticas na eleição dos valores a reger a designação sucessória⁹⁰.

Após lenta evolução do direito das sucessões ao longo dos séculos, a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, de tradição romano-germânica, evoluiu até atingir o que Antônio Junqueira de Azevedo denominou como espírito de compromisso entre exigências individualistas de autonomia da vontade e supraindividualistas da família⁹¹. De um lado, como projeção do direito de propriedade individual e da autonomia privada, reconhece-se

⁸⁸ Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, nesse sentido, após destacarem que o fundamento da sucessão intestada é assegurar a continuidade das relações jurídicas, de preencher a lacuna deixada pela falta de testamento, observam que: “Cosa distinta es preguntarse por la razón en virtud de la cual los llamamientos *abintestato* se hacen en favor de unas personas y no de otras. En este punto cabe encontrar, efectivamente, por una parte razones derivadas de una voluntad tácita o presunta o de lo que es normal que los causantes quieran (v. gr., preferir a los hijos o descendientes, etc.), pero existen también razones de política legislativa y de política social, como pueden ser la protección de los intereses familiares en virtud de la idea de que la protección de la familia se considera como socialmente conveniente” (ibid., p. 468).

⁸⁹ Cf. MONACHE, Stefano Delle, op. cit., p. 9.

⁹⁰ Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón salientam: “Supuesta la necesidad del fenómeno hereditario, en su organización jurídica juegan ya criterios de política jurídica, que será muy distinta según la relevancia que se dé a factores como el interés familiar, la perpetuación de la propiedad individual o los intereses sociales” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, cit., p. 295-296).

⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, cit., 2004, p. 336-344.

ao autor da herança o direito de dispor de seu patrimônio para depois de sua morte, designando seus sucessores por testamento. De outro, reduzindo o espaço de livre disposição pelo testador, a lei protege certos familiares mais próximos do *de cujus*, atribuindo-lhes direito potestativo de reclamar a tutela sucessória que lhes é delimitada em lei, irredutível por testamento ou doação⁹².

Inocêncio Galvão Telles salienta ser o reconhecimento da liberdade de testar imposição do aspecto individual da propriedade privada. Esta deve cumprir função social e também o que esse jurista denomina de fins próprios do titular, combinando-se, assim, utilidade particular e geral. Se a pessoa pode dispor de seus bens livremente em vida, onerosa ou gratuitamente, admite-se como razoável que, como projeção desse direito, tenha a faculdade de indicar seus sucessores, de escolher o destino que lhe aprouver a seus bens para depois de sua morte, neste caso sem receber nenhuma contrapartida. A liberdade de testar, como pondera esse jurista, enquanto realiza o interesse individual, também atende, muitas vezes, alto interesse social, como nos casos de deixas testamentárias a entidades beneficentes, culturais e científicas, a parentes mais necessitados, para criação de fundações, para concentração de unidades produtivas em mãos mais hábeis para as manter etc. Mas é preciso evitar que, pelo exercício dessa liberdade, parentes mais próximos possam ficar desamparados, o que justifica conceder-lhes proteção imperativa em certa medida, a prevalecer mesmo contra a vontade do testador⁹³.

Da contraposição da liberdade de disposição dos próprios bens para depois da morte, representada pela sucessão testamentária, com a proteção imperativa de familiares mais próximos, pela sucessão necessária, resulta o perfil do regime jurídico sucessório em cada ordenamento, a depender da relevância, do grau de intensidade que se atribui à liberdade de testar, de um lado, e à imposição imperativa de tutela de familiares mais próximos, de outro⁹⁴.

⁹² No mesmo sentido, salientava Carlos Maximiliano: “No Direito Brasileiro, como no da maioria dos povos cultos, a evolução se operou no sentido da liberdade, e da luta entre as duas correntes resultou o compromisso, o meio termo, consentâneo com o ambiente social e o pensamento dominante” (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 342).

⁹³ Ao se referir à sucessão necessária, observa esse autor: “Sem esta forma de sucessão a função social da propriedade na sua projecção familiar não adquiriria o relevo suficiente, ficando à inteira mercê do querer do testador” (TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 274-281).

⁹⁴ Exemplificando-se com situações que seriam por assim dizer extremas, recorde-se o caso da Argentina, em que a legítima dos descendentes (Código Civil argentino, art. 3.593), ou dos descendentes em concorrência com o cônjuge (cf. BORDA, Guillermo A. *Manual de Sucesiones*, 14 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 283), corresponde a quatro quintos, restando diminuta porção disponível de 20%, das menores de que se tem conhecimento, prevalecendo, portanto, amplamente, a sucessão necessária sobre a testamentária. Em oposição, nos Estados Unidos da América, que segue, é certo, outro sistema jurídico, do chamado

Há variações, também, conforme o tipo de proteção legal conferida a esses familiares mais próximos, pois, como será adiante examinado, há diferenciadas possibilidades de estruturação da sucessão necessária, atribuindo-se ao sucessor necessário cota como herdeiro, ou somente direito a bens em posição similar à de legatário, ou direito de crédito em face da herança. Em cada uma dessas modalidades, há, ainda, novas variáveis, de cotas rígidas ou flexíveis, alteração ou não da porção indisponível conforme o número e a classe de sucessores etc.

4.3. Sucessão testamentária e autonomia privada.

Se a sucessão necessária representa proteção imperativa a familiares mais próximos, irredutível por testamento ou doações, como antes anunciado, é de se indagar — por ser questão também ligada ao tema das restrições à liberdade testamentária — se não haveria, igualmente, mesmo no espaço franqueado a essa liberdade, algum tipo de limitação. Se esse espaço aberto à vontade do testador também não estaria permeado pela influência de algum traço, alguma exigência de solidarismo. Se essa liberdade é irrestrita, de pleno arbítrio concedido ao testador, ou se, ao contrário, sem esvaziá-la, também se vincula ao cumprimento de alguma função promocional, sob os influxos, especialmente, de princípios e valores que emanam da Constituição Federal, em particular os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da função social da propriedade⁹⁵.

Essas indagações têm como pano de fundo, como se percebe, as alterações verificadas na evolução do direito privado na transição do chamado Estado Liberal para o Estado Social, da superação da igualdade meramente formal, que considerava o sujeito de direito abstrato, passando-se a buscar a igualdade substancial, no movimento denominado de personalização ou personificação do direito civil, colocando-se a pessoa humana real, em todas as suas dimensões e peculiaridades, no centro do ordenamento, conferindo-se tutelas distintas a diferenciados segmentos sociais, como meio de reequilibrar relações jurídicas essencialmente desiguais⁹⁶.

Common Law, na maioria dos Estados, prevalece total liberdade testamentária, inexistindo o que aqui se identifica como sucessão necessária.

⁹⁵ Essas questões são examinadas em profundidade por Ana Luiza Maia Nevares na seguinte obra: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Função Promocional do Testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁹⁶ Confira-se, a respeito dessa evolução do direito privado, por exemplo, a síntese de Francisco Amaral (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 151-157).

Nesse contexto evolutivo, no âmbito dos negócios jurídicos, segundo aponta Cláudio Luiz Bueno de Godoy, houve alteração tão substancial no conteúdo e compreensão do princípio da autonomia da vontade que, em seu novo perfil, é considerado mesmo novo princípio, ao qual se confere denominação diversa, a chamada autonomia privada. A autonomia da vontade era compreendida como o poder das partes de definir com plena liberdade o conteúdo do negócio jurídico, que se tornava lei entre elas. Em movimento de superação do absolutismo, das estruturas feudais, a autonomia da vontade representava relevante espaço de liberdade imune à ingerência estatal, instrumento do paradigma liberal, atendendo ao modelo econômico capitalista. Mas que logo se revelou produtor de desigualdades, ao disciplinar, com base na igualdade formal, relações intrinsecamente desiguais, desequilibradas. Sob novo paradigma, do Estado Social, subjacentes novos valores, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na busca da igualdade substancial, a liberdade de contratar passou por recompreensão. Além da vontade, reconhecem-se como fontes legitimadoras do contrato valores constitucionais fundamentais a serem atendidos e, ainda, normas infraconstitucionais de dirigismo contratual. A expressão da vontade, o “poder normativo” que se reconhece ao indivíduo, permanece preservado, inclusive por constituir “aspecto positivo da dignidade”, mas deve atender aos princípios fundamentais da Constituição e às normas infraconstitucionais, como limites internos à autonomia privada⁹⁷.

Observa o autor, na sequência de sua análise, não haver espaço onde a expressão da vontade esteja imune a essa concepção da autonomia privada⁹⁸. E, mais adiante, no aspecto que diz respeito mais de perto às questões acima enunciadas, anota que a autonomia privada é frequentemente identificada ao contrato, mas seu campo de incidência vai além, incluindo negócios jurídicos unilaterais⁹⁹, inclusive o testamento¹⁰⁰. É o que se verifica, segundo esse mesmo autor, referindo-se a exemplo de Luís A. Carvalho Fernandes, no

⁹⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-25.

⁹⁸ Como salienta: “Não se crê haja como que uma ‘última praia’, para usar a expressão lembrada por Gustavo Tepedino, ou um espaço totalmente infenso ao influxo da atuação promocional, destarte positiva, das normas de intervenção, devendo a manifestação da vontade já trazer em si um conteúdo que se possa valorar de acordo com o programa constitucional e legal” (ibid., p. 24).

⁹⁹ Confira-se: “De fato, não se reputa haja motivo suficiente para circunscrever a autonomia privada ao campo dos contratos se, afinal, também fora dele se reconhece ao sujeito o poder de determinar a modificação de situações jurídicas e reger, ele próprio, as relações daí decorrentes, posto que de forma sempre coexistente com a incidência das normas de intervenção, garantia da promoção dos valores constitucionais eleitos como objetivo promocional do Estado” (ibid., p. 27).

¹⁰⁰ Ibid., p. 29, recordando referência ao tema, efetuada por Francisco Amaral, ao tratar do âmbito de atuação da autonomia privada: “No direito sucessório, realiza-se no testamento, negócio jurídico com que a pessoa dispõe de seus bens ou estabelece outras prescrições para depois de sua morte” (AMARAL, Francisco, cit., p. 349).

testamento em favor somente de filhos homens, declarado esse motivo como determinante, disposição que poderia ser questionada por violação da igualdade substancial, aplicável às relações interprivadas, vedando esse tipo de discriminação arbitrária¹⁰¹.

Transpondo essa análise para o campo do direito das sucessões, prevalecia, sob o paradigma liberal, a compreensão da liberdade testamentária como irrestrita, como expressão da autonomia da vontade na acepção mencionada, de plena liberdade, imune a qualquer tipo de limitação.

Exemplo que ilustra o alcance que já se conferiu à liberdade testamentária é o do direito inglês, de sistema jurídico diferenciado do nosso, mas que, nesse aspecto, se mostra elucidativo. Em interessante e aprofundada obra sobre a liberdade de testar no *Common Law* inglês, Aurelio Barrio Gallardo salienta que, na Inglaterra, no auge do liberalismo, no Século XIX, quando vigia plena liberdade testamentária, em período no qual havia individualismo qualificado por esse autor como maximalista, a jurisprudência inglesa criou direito subjetivo que identificava pela expressão “*testator’s right to be capricious*”, isto é, reconhecia-se ao testador o direito de ser caprichoso e, segundo literal referência de julgados da época, até mesmo cruel, a significar que sua vontade não poderia ser contrastada em nenhuma hipótese, por mais desarrazoada e arbitrária fosse a disposição testamentária¹⁰².

¹⁰¹ GODOY, Cláudio Luis Bueno de, op. cit., 2004, p. 125.

¹⁰² GALLARDO, Aurelio Barrio. *La Evolución de la Libertad de Testar en el “Common Law” Inglés*, 1. ed. Cizur Menor: Editorial Arazandi, 2011, p. 250-253. Ainda segundo esse autor, reconhecendo-se excessiva essa liberdade irrestrita, a partir da mudança de circunstâncias e mentalidades durante o Século XX, e seguindo os exemplos da Nova Zelândia, de 1900, e da Austrália a partir de 1906, editou-se na Inglaterra, em 1938, lei denominada de *Inheritance (Family Provision) Act*, com introdução de restrições flexíveis à liberdade de testar, a depender de apreciação judicial caso a caso, sem cotas preestabelecidas, facultando-se a familiares mais próximos, quando não contemplados no testamento com distribuição hereditária razoável ou equitativa, reclamar uma *reasonable financial provision*, que corresponde a uma pensão familiar, direito de crédito em face da herança. Embora com características distintas da legítima da maioria dos países europeus continentais, não deixa de representar limitação à anterior liberdade testamentária irrestrita (ibid., p. 253-261 e 264-277). A interessante conclusão da obra, após cuidadosa pesquisa da evolução do direito inglês, é que, ao contrário do que se costuma pensar, somente por breve período no confronto com o todo, a partir de 1833, houve total e irrestrita liberdade de testar, até o referido *Inheritance (Family Provision) Act*, 1938 (ibid., p. 297-300).

Outra referência interessante e curiosa desse mesmo jurista espanhol, para encerrar esta digressão, é a de que, nos Estados Unidos da América, onde vigora, na maioria dos Estados, plena liberdade testamentária, com possibilidade de deserdação imotivada de familiares próximos, houve retomada do direito jurisprudencial mais fiel à tradição do *Common Law*, pelo qual se confere amplo e flexível arbítrio à magistratura, passando-se a controlar a sensatez, a lógica e a razoabilidade das disposições testamentárias. O curioso é que, para alcançar essa finalidade, para justificar a invalidação de testamento não razoável ou injusto, além de se empregar o pretexto de defeito formal, tem sido bastante comum impugnação fundamentada na retórica clássica do *color insaniae*, ou seja, a mesma ficção do direito romano clássico, como será visto adiante, ou seja, de que o testador que não dispunha de forma razoável, que deserdava injusta e imotivadamente seus descendentes, padecia de falta de capacidade (ibid., p. 271-272, com citação de diversos estudos sobre essa questão, fazendo referência, inclusive, àquele que reputa como a crítica mais bem

Em países que seguem tradição jurídica similar à do direito brasileiro, o exercício da liberdade de disposição testamentária, como direito absoluto, irrestrito, nos espaços concedidos à autonomia privada do testador, passou a sofrer questionamentos.

Em artigo sobre o tema, Vincenzo Scalisi salienta não estar a liberdade testamentária imune à incidência das normas da Constituição italiana, de aplicação imediata, como a que limita a livre iniciativa econômica privada, ao dispor que não pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de modo a provocar danos à segurança, à liberdade, à dignidade humana (art. 41, parágrafo 2º); e a que prevê a função social da propriedade (art. 42, parágrafo 2º)¹⁰³.

Nessa linha, Massimo Bianca destaca que, sendo a autonomia testamentária expressão da autonomia privada, aquela se submete aos limites que o ordenamento impõe a esta. O que significa que, como em todos os negócios jurídicos, é possível questionamento sobre o mérito das disposições testamentárias, além do tradicional critério de licitude, tendo em conta a função social da propriedade e a exigência de respeito dos direitos fundamentais da pessoa¹⁰⁴.

No Brasil, em análise minuciosa e aprofundada do tema, Ana Luiza Maia Nevares sustenta, igualmente, ser cabível controle do merecimento de disposições testamentárias à luz do ordenamento jurídico informado pelos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Aplica-se, para a solução de conflitos, método de ponderação de interesses, o que torna questionável, por exemplo, disposição testamentária que retira de determinado sucessor bens essenciais a seu exercício profissional. Interessante caso concreto mencionado é o de disposição testamentária pela qual

elaborada a esse proceder dos tribunais norte-americanos, de LESLIE, Melanie B., com o sugestivo título “The Myth of Testamentary Freedom”, in: *Arizona Law Review*, vol. 38, 1996).

Esses exemplos revelam que, mesmo em alguns países que adotam o chamado *Common Law*, em face dos quais se costuma afirmar a existência de liberdade de testar mais intensa do que naqueles de tradição similar à brasileira, admite-se, em determinadas circunstâncias, limitação a essa liberdade, nos casos apontados, a reconhecer que essa liberdade não significa caminho absolutamente franqueado ao arbítrio, à injustiça e ao que não é razoável.

¹⁰³ Segundo esse autor: “Non senza rilievo, poi, sullo specifico terreno del diritto testamentario, sono le indicazioni costituzionali in tema di autonomia negoziale e proprietà privata, di cui rispettivamente agli artt. 41 e 42. Benché l’atto testamentario poco si adatti, per sua natura, alla realizzazioni di programmi e finalità di ordine sociale, l’introduzione, tuttavia, nell’ordinamento di clausole generali com immediata efficacia precettiva — quali quelle della utilità sociale e della funzione sociale — mette subito in discussione il dominio incontrastato e il fundamento stesso del principio individualistico, ponendo in termini non più eludibili l’esigenza di assicurare effettiva capacità di penetrazione anche in quest’area del diritto privato a quell’insieme di principi e valori costituzionali, che mal si conciliano con una attribuzione post mortem dei beni esclusivamente rimessa alla libera e incondizionata determinazione dispositiva dei privati” (SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto, In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLIII. Milão: Giuffrè, 1989, p. 391-393).

¹⁰⁴ BIANCA, Massimo, cit., p. 730-731.

proprietária de colégio tradicional do Rio de Janeiro determinou que, após a abertura de sua sucessão, encerrado o ano letivo em andamento, o estabelecimento de ensino deveria ser fechado. Essa previsão, no entanto, aplicada a tese defendida por essa jurista, é passível de ser confrontada pelos sucessores, bem como pela consideração dos interesses dos terceiros envolvidos (empregados, alunos etc.), para que seja reconhecida a falta de mérito da vontade da autora da herança, em confronto com os princípios da função social da propriedade, da preservação das relações trabalhistas e do fomento à educação¹⁰⁵.

4.4. Fundamento da sucessão necessária.

Itabaiana de Oliveira sustentava que o fundamento da instituição de herdeiros necessários residia “... nos vínculos de sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do *de cujus*, se tivesse disposto de seus bens...”¹⁰⁶.

Pontes de Miranda apresentava relação das várias concepções sobre os fundamentos da sucessão necessária:

- a) seria emanção da compropriedade familiar;
- b) ou continuação da dívida alimentar, proposição rebatida por esse jurista, sob os argumentos, dentre outros, de que, se assim fosse, todos os credores da obrigação alimentar deveriam ser herdeiros necessários; as quotas desses herdeiros deveriam ser impenhoráveis e irrenunciáveis assim como os alimentos; não haveria justificativa para a cota na legítima poder corresponder a valor muito superior às necessidades alimentares do herdeiro necessário; na abertura da sucessão, se estivessem necessitados de alimentos filhos e pais do *de cujus*, seria caso de distribuir a herança entre todos e não conferi-la aos primeiros com exclusão dos segundos;
- c) ou fideicomisso tácito, no sentido de que o pai seria fiduciário dos bens familiares que passam de geração a geração, para que fossem transmitidos aos filhos, posição descartada porque vinculada à superada distinção entre bens próprios da família e aquestos¹⁰⁷;
- d) ou, ainda, tal qual afirmado por Itabaiana de Oliveira, a vontade presumida do *de cujus*, argumento tido como impertinente por dizer respeito, na verdade, à sucessão

¹⁰⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2009, p. 220-235 e 330-331.

¹⁰⁶ Cf. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. 2, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 625.

¹⁰⁷ Essa distinção, como será visto no capítulo sobre antecedentes históricos, vigorava no direito consuetudinário francês anteriormente ao sistema que veio a ser implantado a partir da Revolução Francesa.

intestada e não à necessária¹⁰⁸.

O fundamento da sucessão necessária, segundo Pontes de Miranda, deriva dos elementos históricos que levaram a seu surgimento. De um lado, a *iniura* ao *officium pietatis* do direito romano, empregado para proteção dos filhos contra pais impiedosos que os deserdavam injustamente. De outro, o dado germânico da comunhão matrimonial de bens e da posse da família¹⁰⁹. Conclui que, pela inter-relação entre o direito dos herdeiros necessários e a liberdade testamentária, conciliam-se, pelo primeiro, interesses da família e, pela segunda, os derivados da amizade e gratidão¹¹⁰.

Arnoldo Wald observa que se invoca como fundamento para a sucessão necessária a gratidão dos descendentes em relação aos ascendentes e também o dever alimentar dos ascendentes para com os descendentes. Salienta esse autor: “Não deixa, evidentemente, de haver uma certa relação entre o fundamento do direito alimentar e o da herança necessária, pois ambos visam, mediante normas de ordem pública, assegurar uma certa solidariedade econômica entre os membros da mesma família”. E, mais adiante: “Na realidade, parece que o instituto concilia a liberdade do testador, que pode beneficiar pela parte disponível os seres que lhe são mais caros, com um imperativo de ordem pública que impõe a colaboração e a solidariedade entre os membros da mesma família”¹¹¹.

Capelo de Sousa pondera que a sucessão necessária tem por fundamento, na atualidade, a proteção da família nuclear, com base na solidariedade, em correspondência com deveres de alimentos¹¹².

Para Massimo Bianca, o fundamento é a exigência social de uma inderrogável solidariedade entre os parentes mais próximos¹¹³. Mas ressalta que, embora a sucessão necessária, por esse fundamento, constitua meio de tutela da família, não se pode falar em tutela de interesse superior da família, uma vez que os interesses familiares se concretizam

¹⁰⁸ Mesmo em relação à sucessão intestada, esse argumento da vontade presumida parece superado, como analisado no item 4.1 supra.

¹⁰⁹ Para melhor desenvolvimento sobre o tema das origens da sucessão necessária, confira-se o Capítulo 7.

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes de, cit., Tomo LV, p. 212-215.

¹¹¹ WALD, Arnoldo, cit., p. 198-199.

¹¹² “Poder-se-á, presentemente, dizer que a sucessão legitimária tem como fundamento a protecção da família nuclear, num princípio de entreajuda e solidariedade (aliás em correspondência com particulares e prioritários deveres de alimentos – cfr. arts. 2009º e 2010º), de modo a assegurar uma base do património familiar e a garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento da sua personalidade” (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 153).

¹¹³ “Il fondamento di questo diritto non è quindi semplicemente quello dell'appartenenza al gruppo familiare o alla comunità statale ma, più specificamente, l'esigenza sociale di una inderogabile solidarietà tra i congiunti più stretti” (BIANCA, Massimo, cit., p. 669).

como interesses tipicamente individuais¹¹⁴. Nessa linha, Giovanni Cattaneo observa que a doutrina italiana mais recente rejeita as teses de vontade presumida do *de cuius*, ou de comunhão doméstica, ou compropriedade familiar, discutindo, ao contrário, se a sucessão necessária visa à tutela do interesse superior da família ou simplesmente interesses individuais dos sucessíveis, considerando esse autor ser persuasiva essa segunda tese, pois o legitimário pode renunciar ou ceder seu direito hereditário, o que demonstra que a lei, embora inspirada no princípio da solidariedade familiar, protege o interesse singular do sucessível¹¹⁵.

Ao observar que a doutrina italiana tende a reconhecer como fundamento da sucessão dos legitimários uma imprescindível exigência de solidariedade entre os membros mais próximos da família, Stefano Delle Monache pondera que hoje em dia não é incomum os legitimários, na abertura da sucessão, se encontrarem no gozo de patrimônio próprio bastante a seu próprio sustento; ou que, pelo aumento da expectativa de vida, os filhos já estejam há muito inseridos no mercado de trabalho, com rendimentos suficientes à sua subsistência; ou, no caso do cônjuge, que pode cumular meação com herança no ordenamento italiano, a meação pode lhe bastar, sem efetiva necessidade da herança. Diante dessas possibilidades, argumenta que a exigência de solidariedade, apontada como fundamento da sucessão necessária, deve ser compreendida não no sentido de assegurar a subsistência dos sucessores, mas no de que não se deve decepcionar as expectativas desses membros mais próximos, de não serem excluídos ou penalizados na distribuição da herança. Nas palavras desse autor, a solidariedade econômica vem sendo transformada em simples solidariedade dos afetos. O que, segundo ele, torna necessária reflexão sobre o modo e os limites nos quais se justifica na atualidade manter sistema de tutela dos legitimários¹¹⁶.

¹¹⁴ Ob. cit., p. 669-670. Essa posição é afirmada por outros doutrinadores italianos. Antonio Cicu sustentava que o direito percebido pelo legitimário é patrimonial privado, no senso de que não cumpre uma função familiar, tanto que é renunciável e pode ser alienado, de modo que só se tutela o instituto familiar indiretamente (CICU, Antonio. *Successione Legittima e dei Legittimari*, 2.ed. Milão: Giuffrè, 1947, p. 70). Na doutrina mais recente, Maria Dossetti salienta que o fundamento da sucessão necessária reside nas concretas exigências de tutela de alguns familiares e não na tutela de interesse superior da família, mencionando passagem de Luigi Ferri em que destaca que o legitimário não age qual membro do grupo e no interesse deste, mas na defesa de seu interesse singular, patrimonial (DOSSETTI, Maria. *Il Coniuge*, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 17). Andrea Bucelli afirma que a sucessão necessária não valoriza nem tutela um interesse da família, mas o interesse econômico de alguns de seus membros (BUCELLI, Andrea. *I Legittimari*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 558).

¹¹⁵ CATTANEO, Giovanni, cit., p. 380-381

¹¹⁶ Confira-se: “La sopradetta esigenza di solidarietà andrà dunque concepita, in chiave moderna, non tanto nel senso che sull’ereditando gravi il dovere di fare in modo che i propri stretti congiunti, dopo la sua morte,

O tema é tratado por Maddalena Cinque, em artigo denominado “Sulle sorti della successione necessaria”, escrito a propósito do projeto de lei na Itália que, nas palavras da autora, promete a “piccola rivoluzione” de ab-rogar quase integralmente a sucessão necessária¹¹⁷. Caso aprovado tal como apresentado, só restariam como reminiscências o direito real de habitação do cônjuge e figura peculiar do direito italiano, o *assegno* ao cônjuge culpado pela separação, imperando regime de quase total liberdade testamentária. Salienta essa autora que o projeto é de sorte incerta, mas pode servir para que novas propostas sejam apresentadas, a fim de reformar para melhor a sucessão necessária¹¹⁸. Ante o aceso debate sobre a conveniência ou não de manter sistema de proteção imperativa a familiares mais próximos, ou se não seria o caso de instituir regime de completa liberdade testamentária, essa autora examina quais seriam efetivamente os fundamentos da sucessão necessária, perquirindo se ainda subsistem ou se não seria o caso, então, de encampar essa radical proposição legislativa.

Nessa análise, ela propõe uma releitura do tema, aprofundando os argumentos mencionados da doutrina italiana. Segundo sua exposição, e como visto acima, em regra a doutrina considera bastar a fórmula da solidariedade familiar para justificar a sucessão necessária. Mas, na linha da exposição de Stefano Delle Monache, se esse fundamento é de validade evidente no caso de sucessão em favor de filhos menores, não parece coerente no caso de adultos economicamente autossuficientes. Em ordenamentos jurídicos como o italiano — e, acrescento, também o brasileiro —, que preveem direito dos legitimários de forma *standard*, não importando se há efetiva e concreta necessidade alimentar, o papel exclusivo da sucessão necessária seria de satisfação da expectativa econômica e afetiva dos parentes mais próximos, ou, pior, segundo a autora, subsistiria por mera força sugestiva da tradição¹¹⁹.

A releitura por ela proposta é a de que, mesmo em sistemas como o italiano — ou, repito, o nosso —, é possível continuar a invocar o fundamento da solidariedade familiar,

siano messi in condizioni di provvedere al loro sostentamento, quanto nel senso che, piuttosto, non debbano rimanere deluse le aspettative di tali congiunti a non vedersi esclusi o penalizzati, in sede di distribuzione delle sostanze, da parte dell’ereditando medesimo”. E mais adiante: “... è venuta trasformandosi da solidarietà economia in una semplice solidarietà degli affetti: il che certo rende attuale il bisogno di una riflessione circa il modo e i limiti in cui, nel tempo presente, possa ritenersi giustificato il mantenimento di un sistema di norme dettate a tutela dei legittimari” (MONACHE, Stefano Delle, cit., p. 20-21).

¹¹⁷ É o d.d.l. 576, apresentado em 16 de maio de 2008, reproposição do precedente d.d.l. 1043 de 2006 e do 4727 de 2004 (CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria, In: *Rivista di Diritto Civile*, Anno LVII, n. 5. Padova: Cedam, 2011, p. 493).

¹¹⁸ Ibid., p. 494.

¹¹⁹ Ibid., p. 500-502.

considerando-o válido, subsistente, mesmo nas hipóteses nas quais o beneficiário seja autossuficiente em termos econômicos. Essa releitura é feita a partir da comparação com outros sistemas jurídicos, como o inglês, nos quais o direito sucessório imperativo é deferido judicialmente, após a abertura da sucessão, desde que o sucessor, com efetiva necessidade alimentar ou que era dependente economicamente do autor da herança, comprove não ter recebido o suficiente na sucessão, fazendo-se análise judicial discricionária, caso a caso.

Como salienta a autora, nesses outros ordenamentos jurídicos, por questão de óbvia eficiência do sistema, o que se faz é, nas palavras dela, fotografar a situação ao tempo da abertura da sucessão. Não se cogita considerar posteriores alterações na necessidade dos sucessores. Ela exemplifica com o autor da herança que deixa dois filhos, um dependente dele e outro com atividade próspera, mas este, posteriormente, por causa de uma crise econômica global, fica privado de meios de subsistência. No sistema que considera a concreta necessidade alimentar ao tempo da abertura da sucessão, o primeiro filho seria atendido, o segundo, não. No sistema de fixação do direito *a priori*, o segundo filho teria recebido parte da herança ou parte dos bens como legitimário, o que poderia resguardá-lo em situação de penúria futura.

A conclusão da autora é a de que os dois modelos buscam solução solidarística. Diferenciam-se quanto aos riscos que preferem assumir, isto é, de excluir o parente próximo que, em momento posterior, possa vir a se encontrar em estado de necessidade alimentar, como no caso inglês, ou, ao contrário, de conferir mesmo aos autossuficientes garantia que pode ser excessiva na abertura da sucessão, mas que poderá vir a ser necessária no futuro¹²⁰.

Ao examinar esses dois modelos, pondera a autora que o sistema baseado na avaliação do caso concreto, adequado em países que adotam o *Common Law*, não parece em sintonia com o papel que se atribui ao juiz no sistema italiano. Ela cita doutrina de Vitali, de um século antes, no sentido de que a determinação, caso a caso, da necessidade de cada sucessor, seria tarefa árdua e fonte de dissídio familiar, o que justifica a opção legal de estabelecer cota indisponível *a priori*. Questão diversa, como pondera a autora, é a que se refere à oportunidade de prever, mesmo em sistemas de cota predeterminada pela

¹²⁰ Confira-se: “Si potrebbe dire che i due modelli, pur con lo stesso fine solidaristico, si dividono sul rischio che preferiscono assumere: se quello di escludere qualcuno degli stretti congiunti che in un momento successivo (o anche solo per una differente considerazione delle circostanze del caso) potrebbe trovarsi in situazione di difficoltà economica o, al contrario, di ipergarantire chi non si trova (e potrebbe non trovarsi mai) in condizioni di bisogno” (ibid., p. 502).

lei, exceções para compensar mérito, sancionar demérito e socorrer graves dificuldades¹²¹.

Essas ponderações doutrinárias parecem aplicáveis ao direito brasileiro. A solidariedade familiar também entre nós é o fundamento da sucessão necessária. Solidariedade que assegura, por um lado, resguardo dos sucessíveis com necessidades alimentares (filhos menores, incapazes, portadores de deficiência, em dificuldades financeiras, cônjuge dependente economicamente etc.). De outro, a solidariedade como tutela jurídica do que a lei considera como justa expectativa dos sucessíveis, mesmo dos autossuficientes, sem necessidade alimentar, a uma participação na herança. Nesse segundo caso, prevalece o que Stefano Delle Monache denomina de solidariedade dos afetos, impedindo que os sucessíveis sejam excluídos imotivadamente, ou que tenham seu direito hereditário reduzido aquém do mínimo fixado na lei. Ao contemplar sucessíveis que não necessitam da herança para sua subsistência, a solidariedade pode ser entrevista, ainda, com base na referida argumentação de Maddalena Cinque, como técnica a resguardá-los de eventuais vicissitudes futuras, em contraposição aos sistemas nos quais, considerado somente o critério da necessidade alimentar, a proteção sucessória imperativa leva em conta, exclusivamente, a situação no momento da abertura da sucessão.

Em nosso sistema, a essa previsão legal padronizada e que trata os sucessíveis necessários de forma igualitária, sem distinções, sobrepõem-se algumas exceções, de nítido caráter assistencial, diferenciando-se os sucessíveis em particulares situações de necessidade, como é o caso do direito real de habitação do cônjuge no imóvel residencial da família, ou da concessão de verbas específicas, salariais, de saldos bancários etc., a dependentes previdenciários do *de cujus*, ou, ainda, no caso de legado *ex lege* de alimentos — caso se admita essa figura no direito brasileiro, questão a ser examinada adiante.

4.5. Fundamento constitucional da sucessão necessária.

Em artigo sobre a intangibilidade da legítima, Ana Luiza Maia Nevares, embora reconheça a ampla aceitação social no Brasil da reserva a herdeiros necessários, instituto tradicional em nosso ordenamento, indaga se teria fundamento constitucional, concluindo que a Constituição Federal de 1988 contempla como fundamental o direito de herança, no art. 5º, inc. XXX, em cláusula pétrea, mas não a proteção imperativa a familiares mais próximos do autor da herança, de modo que seria viável a instituição, pela legislação

¹²¹ Ibid., p.503.

infraconstitucional, de regime de plena e irrestrita liberdade testamentária¹²².

Na Itália, é candente a discussão sobre a existência ou não de amparo constitucional à sucessão necessária, ante o referido projeto de lei que propõe sua quase integral ab-rogação. Maddalena Cinque aponta três posições sobre o tema:

a) pela primeira, a Constituição italiana, ao se referir em seu art. 42, § 4º, exclusivamente à sucessão legítima e à testamentária, sem menção à necessária, aos legitimários ou à legítima, estaria revelando indiferença à sorte da proteção imperativa de familiares mais próximos, de modo que seria constitucional a lei resultante do referido projeto;

b) pela segunda, apontada como certamente minoritária, sustenta-se mesmo a inconstitucionalidade da sucessão necessária, porque representaria limitação inadmissível ao direito de propriedade;

c) pela terceira — a mais convincente na opinião da autora —, vislumbra-se cobertura constitucional, ainda que implicitamente, à sucessão necessária, pois o próprio art. 42, § 4º, da Constituição faz menção a limites da sucessão legítima e testamentária¹²³, do que se infere que a liberdade testamentária não poderia ser ilimitada; e, além disso, irrestrita liberdade testamentária estaria em confronto com outras normas constitucionais (arts. 29, 30 e 31), de proteção da família nuclear e da infância em especial. Conclui essa jurista haver vinculação constitucional à sucessão necessária, pelo menos em favor desses familiares aos quais a própria Constituição reconhece serem merecedores de tutela, ou seja, cônjuge e filhos menores, independentemente da natureza e da amplitude do direito sucessório que lhes seja reconhecido pela legislação infraconstitucional¹²⁴. Seria possível, assim, reforma da sucessão necessária desde que preservados o cônjuge e filhos menores, e seria admissível a alteração da natureza e amplitude do direito a eles conferido (se parte da herança, dos bens, se crédito de alimentos etc.).

Essas ponderações, no sentido da existência de amparo constitucional à sucessão necessária, são pertinentes à luz da Constituição brasileira. Como ressalta Rodrigo da Cunha Pereira, a Constituição de 1988 contempla o princípio da solidariedade de forma expressa no inc. I do art. 3º, ao dispor ser um dos objetivos fundamentais da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”. Esse princípio também está

¹²² NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2006, p. 541-545.

¹²³ Confira-se: “La legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

¹²⁴ CINQUE, Maddalena, cit., p. 494-497.

previsto, implicitamente, no capítulo “Da Família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso” (Capítulo VII do Título VIII), ao impor à sociedade, ao Estado e à família — como salienta o autor, família como entidade e na pessoa de cada membro — o dever de proteção da entidade familiar, da criança, do adolescente, do idoso — e, acrescente-se, o jovem, incluído pela Emenda Constitucional 65/2010¹²⁵. São normas que impõem um “dever civil de cuidado ao outro”, de reciprocidade, de cooperação e assistência entre os familiares¹²⁶.

Esse dever de cuidado, de assistência, integrante do princípio da solidariedade familiar, se projeta inclusive às disposições patrimoniais *causa mortis*, a tornar inadmissível, segundo parece, deserdação imotivada, arbitrária, dos familiares dignos dessa proteção. Pois, se se considera razoável conferir ao autor da herança, como projeção do direito de propriedade, o direito de dispor de seu patrimônio para depois de sua morte, parece igualmente razoável, como justa e equitativa contrapartida, fazer projetar, para depois de sua morte, esses deveres de cuidado, evitando-se que, por disposições arbitrárias, possa deixar ao desamparo os familiares aos quais deve solidariedade por imperativo constitucional.

Por conseguinte, na linha defendida por Maddalena Cinque, parece inadmissível, também à luz da Constituição brasileira, ab-rogação da sucessão necessária. Em contrapartida, não há impedimento à reforma do instituto por legislação infraconstitucional. Seria possível, assim, limitar o rol de sucessíveis necessários àqueles em face dos quais se vislumbra mais nitidamente essa imposição de solidariedade familiar, como dever de cuidado e assistência. Seria admissível, também, redefinir a natureza e a amplitude do direito a eles conferido. Essas alterações, é claro, não poderiam esvaziar a

¹²⁵ O art. 226 *caput*, por exemplo, prevê que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Como a proteção estatal se faz inclusive por meio de medidas legislativas, nos parece que essa norma constitucional seria violada em caso de eventual alteração legislativa que possibilitasse deserdação imotivada e arbitrária de membros da família, dependentes economicamente, ou de filhos menores. O § 8º desse art. 226 particulariza a previsão do *caput* ao estabelecer que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram...”, o que se coaduna com o sistema de sucessão necessária, pelo qual, consoante passagem de Massimo Bianca no item anterior, os interesses familiares se concretizam como interesses tipicamente individuais de familiares mais próximos do *de cujus*. O art. 227 contempla, em favor de crianças, adolescentes e jovens, o princípio da proteção integral, que parece seria aviltado a se permitir disposição testamentária que os privasse do necessário à sua subsistência. O art. 229 dispõe que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. E o art. 230 impõe à família, inclusive, o dever de amparo aos idosos, “...defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

¹²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224-225. No mesmo sentido, reputando que o princípio da solidariedade familiar tem amparo na Constituição: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 63-64.

tutela a eles conferida, ou seja, deveriam preservar um mínimo razoável a assegurar a função assistencial derivada do princípio da solidariedade familiar.

ELEMENTOS E AUTONOMIA DA SUCESSÃO NECESSÁRIA.

5.1. Os sujeitos da sucessão necessária.

Além do fundamento distinto examinado no capítulo anterior, a sucessão necessária também se diferencia da intestada e da testamentária quanto aos sujeitos, o objeto e a natureza das normas que a regem.

Em relação aos sujeitos, na linha da exposição de Luís A. Carvalho Fernandes¹²⁷, embora haja coincidência parcial entre sucessíveis legítimos e legitimários — no direito português e também no brasileiro —, o rol na sucessão intestada é mais amplo, incluindo colaterais, que são herdeiros facultativos, e até mesmo o Estado.

Além disso, mesmo nas classes coincidentes (cônjuge, descendentes e ascendentes), a sucessão se verifica até certo limite necessariamente, quanto à cota indisponível, e supletivamente, por falta de disposição testamentária, no remanescente — proposição essa que será desenvolvida no item adiante, sobre a natureza jurídica do direito conferido aos beneficiários da sucessão necessária. Distinguem-se, portanto, mesmo nas classes coincidentes, os títulos pelos quais são chamados os sucessores, em parte em cota necessária, em parte em cota supletiva.

Diferenciam-se os sujeitos, ainda, porque a sucessão necessária incorporou novas figuras, de legados *ex lege* impositivos, cujos beneficiários podem ser chamados de legatários necessários, inexistentes na sucessão legítima intestada. De fato, o legado *ex lege*, quando considerado hipótese de sucessão necessária, é inafastável como um todo, irredutível por testamento e, nesse sentido, os sujeitos favorecidos são sempre sucessíveis necessários, nunca facultativos.

Não há coincidência, além disso, entre herdeiros necessários e beneficiários dos legados *ex lege*. Colaterais, por exemplo, herdeiros facultativos (Código Civil, art. 1.850), podem ser contemplados como legatários necessários. Podem ser favorecidas com legados *ex lege* até mesmo pessoas não contempladas na ordem da vocação hereditária¹²⁸.

¹²⁷ Ob. cit., p. 374-377.

¹²⁸ Por exemplo, no legado necessário *ex lege* da Lei 6.858, de 24 de novembro de 1980, os dependentes previdenciários são contemplados com as verbas específicas ali discriminadas (saldos de salários, FGTS e Fundo PIS-PASEP, restituição de imposto de renda e outros tributos, e, não havendo outros bens a inventariar, saldos bancários, de caderneta de poupança e fundos de investimento de até 500 ORTNs). No

5.2. O objeto da sucessão necessária.

Quanto ao objeto, esses tipos de vocação sucessória são igualmente distintos. O da sucessão intestada pode ser todo o patrimônio deixado pelo *de cujus* ou o remanescente dele na parte não abrangida pelo testamento. Na sucessão necessária, é somente a quota indisponível, de metade do patrimônio no direito brasileiro. Inclui, ainda, legados necessários *ex lege*.

Além disso, a legítima, objeto da sucessão necessária, ao contrário do que se verifica na sucessão intestada, não é composta somente pelo patrimônio deixado pelo *de cujus* (o chamado *relictum*), pois em seu cálculo se incluem as doações sujeitas à colação (*donatum*), para assegurar igualdade nas legítimas dos herdeiros necessários (Código Civil, arts. 1.847 e 2.002, § único).

5.3. Natureza das normas que regem a sucessão necessária.

Sucessão necessária e intestada também se diferenciam pela natureza das normas que as regem. Enquanto a sucessão intestada é disciplinada por normas de caráter supletivo, dispositivo, atuando somente à falta de disposição testamentária, as da sucessão necessária têm caráter imperativo, sobrepondo-se à vontade do autor da herança, irredutíveis por testamento ou doação. Essa diferença entre regência por normas supletivas ou imperativas, embora não a única, é tida como a principal por Inocêncio Galvão Telles a justificar sua proposição de reconhecimento formal de autonomia à sucessão legitimária,

regime geral da previdência social, por exemplo, pode ser favorecido o irmão não emancipado do *de cujus*, de qualquer condição, menor de vinte e um anos de idade ou inválido (Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, art. 16, inc. III), que é colateral, legatário necessário dessas verbas específicas, mas herdeiro facultativo. Podem ser favorecidos, ainda, o enteado e o menor tutelado nas condições previstas no § 2º do art. 16 da Lei 8.213, e, também, o cônjuge divorciado, separado judicialmente ou de fato, que percebia alimentos do autor da herança, dependente conforme a previsão do § 2º do art. 76 da Lei 8.213. Nessas últimas hipóteses, salvo nos casos em que persiste o direito sucessório do cônjuge apesar da separação de fato (cf. art. 1.830 do Código Civil), os favorecidos (enteados, tutelados e ex-cônjuge) podem nem sequer figurar na ordem da vocação hereditária. Pode-se mencionar, ainda, a transmissão da posição de locatário, situação que se reputa como de legado *ex lege*, a dependentes econômicos do *de cujus* (Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 11, inc. I), podendo ser pessoa que, igualmente, não figura na ordem da vocação hereditária. Por fim, como será abordado adiante neste trabalho, há possibilidade de interpretar o polêmico art. 1.700 do Código Civil — pelo qual a obrigação de prestar alimentos se transmite aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694 — no sentido de ter instituído legado *ex lege* em favor daqueles que poderiam exigir alimentos do *de cujus*, igualmente inafastável por testamento, configurando hipótese de sucessão necessária, pela qual poderiam ser beneficiados, por exemplo, colaterais até o segundo grau, nos termos do art. 1.697 do Código Civil, ou o cônjuge divorciado que gozava de alimentos a cargo do *de cujus* ao tempo da abertura da sucessão.

frente à sucessão legítima e à testamentária, acolhida pelo Código Civil português em vigor¹²⁹.

Esse caráter imperativo, no entanto, precisa ser adequadamente compreendido.

Ao tratar da classificação das normas quanto à sua força obrigatória, Caio Mário da Silva Pereira as distingue entre normas imperativas ou proibitivas, de um lado, e normas supletivas ou permissivas, de outro. As primeiras são as chamadas leis de ordem pública, que envolvem interesse público, constituindo direito cogente, e que têm como atributos a inderrogabilidade pela vontade das partes e a irrenunciabilidade pelo favorecido. São imperativas quando impõem a prática de algum ato ou a adoção de determinada conduta, proibitivas se determinam alguma abstenção. As permissivas simplesmente permitem uma conduta e as supletivas têm aplicação subsidiária em relação à vontade das partes¹³⁰.

Abordando especificamente a natureza das normas que regem a legítima, Olga Orlandi distingue normas de ordem pública de caráter absoluto e relativo. Salienta que, nas de caráter absoluto, estão presentes essas duas características afirmadas por Caio Mário da Silva Pereira, ou seja, a inderrogabilidade, o que configura a chamada imperatividade, e também a irrenunciabilidade. Nas de caráter relativo, há combinações variadas entre imperatividade e irrenunciabilidade. As normas que tratam da legítima são desse segundo tipo, de ordem pública de caráter relativo, resultando em regime jurídico particular¹³¹.

Esse regime, no ordenamento brasileiro, adotando a terminologia de Caio Mário da Silva Pereira, resulta nas seguintes características:

a) em primeiro lugar, proíbe-se ao autor da herança dispor de mais de metade de seu patrimônio caso tenha herdeiros necessários. Se o fizer, estes podem solicitar a redução das disposições testamentárias até o limite para recomposição de suas respectivas cotas na legítima. Recorde-se se tratar de direito divisível, de modo que, se só um dos herdeiros necessários reclamar, a redução será a suficiente para recompor sua cota na legítima, permanecendo a disposição excessiva no remanescente¹³².

b) proíbe-se ao autor da herança, ainda, impor limitações à legítima e aos legados

¹²⁹ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 154.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 22. ed., atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 106-107.

¹³¹ ORLANDI, Olga. *La Legítima y sus modos de protección*, 2. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 88.

¹³² Conforme Carlos Maximiliano: “A ação de redução é *divisível*: não se faz mister proporem-na cumulativamente todos os interessados; pode agir até um só na arena judiciária. Neste caso, a sentença condena os sucessores testamentários apenas quanto à parte que cabe ao litigante. Pressupõe-se optarem os outros pelo acatamento à vontade do hereditando, e êsse nobre gesto produz o efeito colimado” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol. III, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 39).

necessários, salvo a exceção admitida pelo art. 1.848 do Código Civil, de gravar a legítima, se houver justa causa, com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Ele não está impedido, porém, de promover a chamada partilha em vida, por meio de doação ou testamento, desde que observe as cotas dos herdeiros necessários, disciplinando, assim, quais bens caberão a cada um deles (Código Civil, arts. 2.014 e 2.018).

c) em relação aos sucessíveis necessários, há proibição de renúncia até a abertura da sucessão, mas, uma vez aberta, são livres para renunciar à herança ou ao legado necessário. Ressalve-se que, se os credores do sucessível tiverem a garantia de seus créditos afetada, podem impugnar a renúncia nos termos do art. 1.813 do Código Civil.

Os sucessíveis necessários, aberta a sucessão, também podem permanecer inertes, sem reclamar a redução das disposições testamentárias excessivas ou das doações inoficiosas. Por aplicação analógica do mesmo art. 1.813, os credores também podem se insurgir nessas situações, solicitando redução das disposições testamentárias e das doações inoficiosas até o limite necessário para recompor a legítima na medida necessária à satisfação de seus créditos¹³³.

Aberta a sucessão, em suma, o direito reconhecido aos sucessíveis necessários se torna dispositivo, passível de renúncia, e, portanto, não cabe ao juiz proceder de ofício.

5.4. Autonomia da sucessão necessária.

Em razão desses elementos distintivos da sucessão necessária (fundamentos, sujeitos, objeto e natureza das normas que a regem) é que se justifica reconhecê-la como modalidade autônoma de vocação hereditária.

Inocência Galvão Telles observa que o argumento dos que negam autonomia à sucessão necessária é o de que estaria absorvida pela sucessão legítima intestada e nada mais seria do que limite à liberdade de testar. Segundo os opositores da autonomia, se o limite legal é respeitado pelo testador, não há nenhuma particularidade e se aplicam as regras da sucessão legítima intestada. Se a cota indisponível é afetada, promove-se a redução, restabelecendo a legítima, em face da qual atuam, igualmente, as regras da

¹³³ Sobre a legitimidade dos credores nessas hipóteses, confira-se: VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 340.

sucessão legítima. Em consequência, não haveria nenhuma particularidade da sucessão necessária a justificar ser considerada como subespécie autônoma de sucessão legal¹³⁴.

Mas prevaleceu no Código Civil português atual a orientação desse jurista¹³⁵, de que os referidos elementos distintivos justificam considerar a sucessão legitimária como modalidade autônoma de designação, tratada em título autônomo, englobando as matérias que lhe dizem respeito mais de perto¹³⁶. Ao defender essa posição, Carlos Pamplona Corte-Real acrescenta que, no sistema sucessório português, a sucessão legitimária constitui sua “coluna vertebral”, não porque os valores que lhe são subjacentes sejam os mais relevantes, mas por ser a única modalidade de natureza injuntiva¹³⁷.

No Código Civil italiano, no livro do direito das sucessões, o tema dos legitimários é tratado no título inicial sobre disposições gerais sobre sucessão. A doutrina italiana prevalecente afirma que a sucessão necessária não é terceiro gênero em relação à sucessão legítima intestada e à testamentária, mas reconhece ser subespécie diferenciada de sucessão legal¹³⁸, ao lado da sucessão legítima intestada, sob o fundamento, especialmente, de que não tem como função exclusiva a de limitar a sucessão testamentária, mas também de estabelecer vocação diferenciada em favor de pessoas que a lei visa a proteger¹³⁹.

Essas características diferenciadas da sucessão necessária, como apontado no capítulo anterior e nos itens precedentes, também se verificam no ordenamento brasileiro,

¹³⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 152-153.

¹³⁵ “... se há regras *comuns* à sucessão legítima e à legitimária, como as há mais gerais aplicáveis a todas as modalidades sucessórias, o certo é que também as há *privativas* da sucessão legitimária. Existe todo um conjunto de princípios e preceitos que são *específicos* na quota indisponível. A *determinação dos sucessíveis legitimários*, em menor número do que os legítimos; a *medida das legítimas* respectivas; o *modo de cálculo da porção indisponível*; o princípio da *intangibilidade* desta; o regime das *doações ou legados* que se consideram feitos *por conta ou em substituição da legítima*; o regime das doações ou legados *ofensivos da legítima*, ou sejam as liberalidades *inoficiosas*, total ou parcialmente rescindíveis; a *deserdação*; eis um núcleo de matérias próprias da sucessão legitimária, bastantes para dar nítido relevo à individualidade decorrente do carácter *imperativo* dessa modalidade sucessória” (TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 155, itálico no original).

¹³⁶ Em um primeiro capítulo, o Código Civil português trata das disposições gerais sobre a sucessão legitimária, apontando os herdeiros legitimários, as respectivas cotas na legítima, disciplinando o cálculo da legítima, a deserdação etc.; e, em um segundo capítulo, cuida dos meios de proteção à legítima, ou seja, da redução das liberalidades prejudiciais à legítima, por doação ou testamento (Título III do Livro V, arts. 2156º a 2178º).

¹³⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 66.

¹³⁸ Na síntese de Guido Capozzi, há três correntes na Itália sobre a natureza jurídica da sucessão necessária: a) pela primeira, seria um terceiro gênero, em oposição à sucessão legítima e à testamentária; b) pela segunda, seria hipótese de sucessão a título particular, considerando-se o legitimário em posição similar à de legatário; c) pela terceira, seria subespécie de sucessão legal, ao lado da sucessão intestada, constituindo, na expressão de Antonio Cicu, uma sucessão legítima “potenziata”, posição essa que o autor informa ser a prevalecente na doutrina e na jurisprudência da Corte de Cassação (CAPPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 387-389).

¹³⁹ Cf. CATTANEO, Giovanni, cit., p. 377-380.

o que, em princípio, poderia vir a justificar aperfeiçoamento de nosso Código Civil, para tornar mais explícito esse caráter autônomo da sucessão necessária, como subespécie de sucessão legítima em sentido amplo.

Esse aperfeiçoamento poderia se dar, eventualmente, segundo o exemplo do Código português, mediante destinação de título em separado à sucessão necessária, atribuindo-lhe nome próprio, nele se aglutinando as matérias que lhe dizem respeito mais de perto, especialmente a deserdação, que é meio de exclusão da sucessão de herdeiros necessários; o direito real de habitação, hipótese de legado necessário *ex lege*; os meios de proteção da legítima, que são a redução das doações inoficiosas e a redução das disposições testamentárias.

NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CONFERIDO AOS SUCESSÍVEIS NECESSÁRIOS.

6.1. A posição do sucessor necessário: herdeiro ou legatário.

A constatação da posição jurídica do sucessor necessário se faz pela verificação da natureza do direito que lhe é conferido, isto é, se tem direito a parte da herança (*pars hereditatis*), recebendo o ativo e o passivo, e, portanto, se é considerado herdeiro; ou se, ao contrário, tem direito a parte dos bens (*pars bonorum*) ou a um crédito em face da herança (*pars valoris*), nesses dois últimos casos em situação similar à de legatário¹⁴⁰.

A distinção é relevante pelas diferenças dos regimes de herança e legado apontadas no Capítulo 2 e também pelo que dispõe o § 1º do art. 1.808 do Código Civil, segundo o qual: “O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los”. Caso se considere que o sucessor necessário recebe pela legítima bens em posição similar à de legatário, poderia aceitar a legítima e renunciar à herança ou vice-versa.

No sistema brasileiro, parece não haver dúvida de que o herdeiro necessário, como o próprio nome evidencia, tem posição de herdeiro, não de legatário. Pois o art. 1.846 do Código Civil dispõe que: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. A referência à “metade dos bens da herança”, a uma fração ideal, sem correlação com bens determinados, parece remeter, efetivamente, a hipótese de sucessão a título universal, com transmissão do ativo e do passivo hereditários. Aplica-se ao herdeiro necessário, portanto, não o § 1º e sim o *caput* do art. 1.808, segundo o qual: “Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo”. Em consequência, não havendo testamento por exemplo, não pode

¹⁴⁰ Sobre a classificação das legítimas quanto a seu conteúdo, contemplando essas três hipóteses (*pars hereditatis*, *pars bonorum* e *pars valoris*) e algumas variantes, confirmam-se: HIERRO, José Manuel Fernández. *La Sucesión Forzosa*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 24-26; e ORLANDI, Olga, cit., p. 38-39. Exemplo de legítima *pars valoris* é o do direito alemão (cf. ORLANDI, Olga, ob. cit., p. 38). Conforme o art. 2.303, 1 e 2, do BGB, os sucessíveis necessários, se preteridos por testamento, não tem direito de reclamar a posição de herdeiro, mas crédito em dinheiro, denominado *Pflichtteil*, exercitável contra os demais herdeiros, correspondente a metade do que teriam direito se a sucessão fosse intestada. Sobre a sucessão imperativa na Alemanha, confira-se: PINTENS, Walter; SEYNS, Steven. *Compulsory Portion and Solidarity Between Generations in German Law*, In: CASTELEIN, Christoph; FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain (Eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society: Five Perspectives*. Antuérpia – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, p. 167-187.

aceitar a legítima e renunciar ao resto, correspondente à porção disponível¹⁴¹.

É de se recordar, porém, como salientado, haver no direito brasileiro hipóteses de sucessão necessária por meio de legados *ex lege*, cujos beneficiários são legatários necessários. Se a mesma pessoa foi contemplada com herança e legado necessários, a regra aplicável é a do § 1º do art. 1.808. Tome-se o exemplo do cônjuge herdeiro necessário em concorrência com descendentes ou ascendentes (Código Civil, arts. 1.829, I e II, combinado com o art. 1.845), contemplado cumulativamente com direito real de habitação, legado *ex lege* (Código Civil, art. 1.831): ele pode renunciar à herança e permanecer com o direito real de habitação ou vice-versa¹⁴².

A afirmação de que a posição jurídica do herdeiro necessário é efetivamente de herdeiro e não legatário poderia ser questionada em razão da disciplina legal do cálculo da legítima. Segundo o art. 1.847, combinado com o § único do art. 2002, ambos do Código Civil, é calculada sobre o valor dos bens existentes ao tempo da abertura da sucessão, abatendo-se as dívidas, e só em seguida se acrescenta o valor dos bens sujeitos à colação, adicionado à parte indisponível sem aumentar a disponível. O que significa que, em relação aos bens existentes na abertura da sucessão, o chamado *relictum*, o herdeiro necessário sucede a título universal, recebendo o ativo e o passivo. Quanto ao valor dos bens sujeitos à colação, denominado *donatum*, objeto de doações consideradas adiantamento de herança (Código Civil, art. 544), acrescido depois do abatimento das dívidas, há somente ativo, o que poderia justificar a dúvida se, ao menos nessa parte, a sucessão do herdeiro necessário não se daria a título particular, em posição similar à de legatário. Não parece que assim seja, porque, embora se trate de coisa certa, seu valor é contabilizado para apuração da fração ideal do donatário na herança em posição de herdeiro e não de legatário. É o que também se verifica na partilha em vida por doação ou

¹⁴¹ Na Argentina, como noticia Octavio Lo Prete, há aceso debate doutrinário sobre a natureza do direito conferido aos “herederos forzosos”, se seria *pars hereditatis* ou *pars bonorum*. O art. 3.591 do Código Civil argentino dispõe que a porção legítima é parte da herança, *pars hereditatis*, mas o art. 3.354 previa que era *pars bonorum*, parte dos bens, pois estabelecia a possibilidade de renúncia da herança com conservação da legítima, ou seja, era possível ser legitimário sem ser herdeiro. Esse último artigo, tido como anomalia no sistema, foi revogado pela Lei 17.711, o que faz prevalecer o entendimento de que a legítima é realmente *pars hereditatis*. Apesar disso, e a despeito da orientação jurisprudencial de que é efetivamente *pars hereditatis*, parcela ponderável da doutrina argentina, com base em interpretação de outras normas e do sistema, ainda defende ser *pars bonorum*. Esse autor salienta a importante diferença de soluções práticas caso se adote uma ou outra posição, como na hipótese mencionada, da renúncia à herança e conservação da legítima se esta for considerada *pars bonorum*. Se for considerada como tal, outra consequência é que a deserdação acarretaria perda da legítima, mas não da herança (LO PRETE, Octavio. *Acciones Protectoras de la Legítima*, 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 45-56).

¹⁴² Cf. o exame dessa questão, em atenção às situações particulares do direito real de habitação e do legado *ex lege* de alimentos, nos capítulos respectivos.

testamento (Código Civil, arts. 2.014 e 2.018), pela qual o doador ou testador discrimina os bens dos quinhões de cada sucessor. Embora sucessores em coisa certa (*ex re certa*), os beneficiários da partilha em vida continuam a ostentar a qualificação de herdeiro. O adiantamento de herança do art. 544 tem essa mesma natureza de antecipação de fração ideal do que cabe ao donatário na sucessão a título universal, sem alterar a qualificação de herdeiro¹⁴³.

A reforçar essa conclusão, o art. 1.849 do Código Civil dispõe: “O herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima”. Não há entre nós, portanto, a figura do legado em substituição da legítima prevista em outros ordenamentos¹⁴⁴. Deixado legado ou parte da porção disponível a herdeiro necessário, este não tem diminuída sua parte na legítima. O herdeiro necessário, portanto, no direito brasileiro, é sucessor a título universal, herdeiro efetivamente, contemplado com parte da herança (*pars hereditatis*)¹⁴⁵. Há, paralelamente, sucessores que são legatários necessários, contemplados com parte dos bens ou com crédito em face da herança.

6.2. O chamamento prioritário do sucessível necessário: pleno direito à porção da herança ou ao legado *ex lege* .

¹⁴³ Recorde-se a observação de Antônio Junqueira de Azevedo, citada no Capítulo 2, de que na partilha em vida o herdeiro *ex re certa* mantém a qualificação de herdeiro, embora em posição jurídica mais aproximada à de legatário do que a de um herdeiro em cota abstrata sem predeterminação dos bens que lhe serão atribuídos (AZEVEDO, Antônio Junqueira de, cit., 2004, p. 341).

¹⁴⁴ O Código Civil português, por exemplo, prevê, em seu art. 2.165º, legado em substituição da legítima, cabendo ao legitimário optar, aberta a sucessão, pela aceitação do legado ou da legítima, um excluindo o outro. Se o legado for de valor inferior à cota do legitimário sobre a legítima e ainda assim ele optar pelo legado, não tem direito à diferença, repartida entre os legitimários remanescentes ou, se não houver outros legitimários, aumenta a parte disponível. Se o valor do legado for superior à cota do legitimário na legítima, o excedente é imputado na parte disponível. Se o excesso suplantar a porção disponível, invadindo a parte de outros legitimários na legítima, caberá redução da disposição testamentária, recompondo-se a parte destes (cf. FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 408-409).

¹⁴⁵ Na Espanha, em razão de peculiaridades de seu Código Civil, há divergência doutrinária sobre a natureza do direito do chamado “heredero forzoso”, isto é, se apesar da denominação seria realmente herdeiro (cf. a relação de doutrinadores em um e no outro sentido, em: HIERRO, José Manuel Fernández, cit., p. 12-33). Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón sustentam que o “heredero forzoso” não é necessariamente herdeiro, pois o art. 815 do Código Civil espanhol permite que o testador preencha a legítima com deixas a qualquer título, instituindo herdeiro, legatário ou mediante doações em vida. Argumentam, também, que o art. 818, ao determinar a inclusão das doações sujeitas à colação no cálculo da legítima, faz com que o patrimônio sobre o qual se calcula a legítima não corresponda necessariamente ao patrimônio hereditário, ou seja, aquele de que dispunha o autor da herança na abertura da sucessão (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, cit., p. 417). Essas ponderações não podem ser transpostas ao ordenamento brasileiro, pois, como visto, não há previsão em nosso sistema sucessório do legado em substituição da legítima e as doações sujeitas a colação, segundo a posição sustentada ao longo do presente item, têm natureza de herança, não de legado.

Aberta a sucessão, opera-se desde logo a transmissão do domínio da coisa certa existente no acervo a herdeiros e legatários, transmissão a ser confirmada pela aceitação da herança (Código Civil, arts. 1.784, 1.923 e 1.804). De se indagar, porém, quem é o sucessor favorecido por essa transmissão quando há conflito entre o direito do sucessível necessário e o do beneficiário pela disposição testamentária excessiva. Em favor de quem se opera a transmissão? Ao herdeiro ou legatário necessário, sobrepondo-se desde logo seu direito ao dos sucessores instituídos por testamento? Ou, ao contrário, se o chamamento não se produz em favor dos instituídos e a legítima é recomposta somente em momento subsequente, quando da redução da disposição testamentária excessiva, por força de provimento judicial de natureza constitutiva?

A resposta a essas questões tem importantes consequências práticas. Caso se entenda que a transmissão opera no primeiro momento a herdeiros ou legatários instituídos por testamento, até que posteriormente seja determinada a redução da inoficiosidade, poderão surgir conflitos em temas como os da restituição de frutos, indenização e retenção por benfeitorias, perecimento da coisa nesse meio tempo etc.

A doutrina italiana, por exemplo, conforme explica Guido Capozzi, se divide a respeito, havendo três orientações principais: a) a que considera o legitimário herdeiro desde a abertura da sucessão; b) a que reputa ter direito como legatário *ex lege*; c) e a última, prevalecente na doutrina e na jurisprudência italianas, de que se tornaria herdeiro não na abertura da sucessão, mas somente depois de vitorioso na ação de redução¹⁴⁶.

¹⁴⁶ A primeira corrente, pela qual o legitimário seria herdeiro desde logo, foi defendida e aprofundada sob o atual Código Civil italiano por Antonio Cicu (CICU, Antonio, cit., p. 74-79). Segundo esse jurista, ainda quando haja disposições lesivas da legítima, o chamamento à herança, na abertura da sucessão, é feito em favor do legitimário e não do herdeiro ou legatário testamentário. Distinguem-se, segundo esse autor, cota de herança e cota de legítima. O legitimário recebe, na abertura da sucessão, de pleno direito, cota sobre a herança, isto é, sobre os bens deixados pelo *de cuius*, o chamado *relictum*, composta pelo ativo e pelo passivo, apurando-se se há saldo positivo, bastando aceitação da herança, o que seria suficiente para sobreposição de seu direito à disposição testamentária invasiva da parte indisponível. Além dessa cota sobre a herança, automaticamente transmitida, o legitimário tem direito, ainda, à cota de legítima, apurada não somente sobre o *relictum* (ativo menos passivo), mas também pelo acréscimo do *donatum*, dos bens doados pelo autor da herança, calculando-se, então, a fração devida ao legitimário. Havendo acréscimo do *donatum*, a cota de legítima se torna maior do que a de herança. Para obter a diferença entre a cota de legítima e a cota de herança não basta a aceitação, havendo necessidade de ação de redução.

Pela segunda teoria, sustentada por Luigi Ferri, o legitimário não seria herdeiro, mas legatário *ex lege*, e esse legado teria a particularidade de não corresponder à simples atribuição de bens da herança e sim à transmissão ao legitimário de um direito real sobre parte dos bens, a ser exercido em face dos sucessores ou donatários favorecidos na parte excedente à disponível.

Por fim, há a terceira teoria, que de acordo com Guido Capozzi é a prevalecente na Itália, na doutrina e na jurisprudência, defendida, dentre outros, por Luigi Mengoni e Massimo Bianca, segundo a qual o legitimário não é herdeiro na abertura da sucessão. São chamados a suceder os herdeiros ou os legatários instituídos pelo testador, excluído o legitimário da titularidade da cota hereditária, até que se saia vitorioso na

Não parece ser possível, à luz do ordenamento brasileiro, adotar a tese dominante na Itália, ou seja, de que na abertura da sucessão a transmissão da herança ocorreria em favor de herdeiros ou legatários testamentários na parte invasiva da legítima, ao passo que o herdeiro necessário se tornaria herdeiro dessa parte somente após provimento favorável em ação de natureza constitutiva, de redução de disposições testamentárias ou de doações inoficiosas. Pois o art. 1.846 do Código Civil brasileiro é peremptório: a legítima pertence de pleno direito aos herdeiros necessários. Tal afirmação categórica parece significar que a legítima lhes é transmitida na abertura da sucessão independentemente de provimento favorável em ação de natureza constitutiva. Em outras palavras, o caráter imperativo da norma parece revelar que o chamamento ocorre desde logo ao sucessível necessário, sobrepondo-se à disposição testamentária lesiva.

É situação equivalente à que se verifica em Portugal, cujo Código Civil, em seu art. 2.032º, dispõe que, aberta a sucessão, são chamados a suceder aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis. No topo da hierarquia, estão os sucessíveis legitimários, de modo que são eles os chamados prioritariamente a suceder na porção indisponível, podendo postular redução de disposições inoficiosas, por testamento ou doação¹⁴⁷.

Particularidade do ordenamento brasileiro confirma que o chamamento do sucessível necessário se verifica na abertura da sucessão ainda que haja disposições lesivas da legítima ou de legados *ex lege*. É o fato de que o art. 549 do Código Civil comina expressamente de nulidade a doação “... quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. Se há nulidade, a doação na parte inoficiosa não produz efeitos e, se não os produz, o direito do sucessível necessário é resguardado desde logo e não somente após provimento favorável em ação de redução. Apesar da falta de disposição similar expressa e como será sustentado no item seguinte, também há nulidade na disposição testamentária na parte lesiva da legítima.

Esse aspecto particular do direito brasileiro, da nulidade das doações e disposições

ação de redução. Essa ação, portanto, tem natureza constitutiva e não meramente declaratória (CAPPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 389-396).

¹⁴⁷ A doutrina portuguesa, ao tratar dos modos de vocação hereditária — expressão que, neste trabalho, é designada como chamamento, conforme esclarecido no item 3.1. *supra* —, distingue vocação originária e subsequente. A originária é aquela que se realiza em favor do sucessível com prioridade na hierarquia dos fatos designativos. A subsequente quando o sucessível prioritário não quer ou não pode suceder, como nos casos de renúncia, indignidade ou deserdação, chamando-se à sucessão, em substituição, o próximo sucessível na cadeia hierárquica e, vindo este a aceitar, a transmissão em face dele retrotrai à abertura da sucessão (cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 326-327; e FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 143).

testamentárias inoficiosas, relevante para compreensão da natureza do direito e sobre como opera o chamamento do sucessível necessário, será examinado com mais detalhes a seguir.

6.3. A nulidade das doações e das disposições testamentárias inoficiosas.

O art. 549 do Código Civil, reprodução do art. 1.176 do Código de 1916, comina expressamente de nulidade as doações na parte em que excedem o que o testador poderia dispor por testamento, ou seja, se há sucessíveis, ao tempo da doação, que seriam herdeiros necessários, o doador não pode dispor de mais de metade de seu patrimônio. Mas a que tipo de invalidade essa norma estaria exatamente se referindo?

Como visto no item 5.3, as normas que regem a sucessão necessária são, na terminologia empregada por Olga Orlandi, de ordem pública relativa, resultando em regime jurídico peculiar, pois inderrogável pelo sucedido, salvo nas restritas e tipificadas hipóteses de deserdação; com proteção legal irrenunciável pelo sucessível necessário antes da abertura da sucessão, tornando-se disponível a partir do chamamento a suceder. Como apontado no item 4.4, embora a sucessão necessária tenha por fundamento a solidariedade familiar, concretiza-se em interesses tipicamente individuais do familiar favorecido, não da família como instituição. Como resultado, a nulidade do art. 549, afetando interesse privado do sucessível necessário, só é reconhecida se houver pedido dele e nos limites para recompor sua porção na legítima. É possível, diante disso, haver convalidação da inoficiosidade por renúncia ou inércia do sucessível necessário favorecido.

Esse peculiar regime jurídico não se coaduna com o da nulidade absoluta. Ainda de acordo com a terminologia empregada por Olga Orlandi, a nulidade absoluta implica violação de normas de ordem pública absoluta. Tem como características: a) operar de pleno direito; b) não admitir confirmação; c) não convalescer pelo decurso do tempo, ou seja, pode ser arguida a qualquer tempo (Código Civil, art. 169) — proposição a ser melhor compreendida, como será analisado no item seguinte —; d) poder ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público quando lhe couber intervir (Código Civil, art. 168 *caput*); e) e deve ser pronunciada de ofício pelo juiz, não lhe sendo permitido supri-la ainda que a requerimento das partes (Código Civil, § único do art. 168).

Na nulidade do art. 549, ao contrário, é possível convalidação da doação por renúncia ou inércia do sucessível necessário; a jurisprudência dominante reconhece que a pretensão para decretar a nulidade está sujeita ao prazo prescricional geral de dez anos do

art. 205 do Código Civil¹⁴⁸; e, como visto, só pode ser arguida pelo próprio prejudicado ou por seus credores (estes caso a renúncia ou inércia do sucessível necessário prejudique a composição de seus créditos), não podendo ser alegada por outros interessados, pelo Ministério Público ou de ser reconhecida de ofício.

Como o Código Civil só contempla expressamente duas modalidades de invalidade, a nulidade absoluta e a anulabilidade, é de se indagar se o referido regime da doação inoficiosa configuraria, então, hipótese de negócio jurídico anulável. A resposta parece ser igualmente negativa, pois há aspecto do regime jurídico da invalidade da doação inoficiosa que não se adéqua a característica essencial da anulabilidade. Pois, nos termos do art. 177 do Código Civil, a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, a significar que é eficaz e produz efeitos até ser objeto de provimento jurisdicional anulatório, de natureza constitutiva¹⁴⁹. Como salientado no item anterior, porém, ao sucessível necessário pertence de pleno direito a legítima, de modo que a transmissão do direito que a lei lhe reserva ocorre na abertura da sucessão e a disposição testamentária lesiva não produz efeitos até ser eventualmente convalidada. Além disso, como observa Pablo Stolze Gagliano, quando o Código institui outras hipóteses de anulabilidade, além das previstas em seu art. 171, emprega sempre a expressão “é anulável” (arts. 496, 533, inc. II, 1.550, 1.558 e 2.027), ao passo que, no art. 549, dispõe, diversamente, que a doação na parte inoficiosa é nula¹⁵⁰.

A solução parece ser a de reconhecer que a nulidade do art. 549 corresponde a outra modalidade de invalidade, a um tipo intermediário, diverso do da nulidade absoluta e da anulabilidade, identificado por parte da doutrina como nulidade relativa. Ao tratar da invalidade do negócio jurídico, Zeno Veloso menciona a nulidade relativa como espécie admitida por parte da doutrina como implícita em nosso sistema. Tem como características: a) implicar violação de norma de ordem pública, mas que afeta somente interesses de determinadas pessoas e não interesse social mais geral; b) por isso, só pode

¹⁴⁸ Confira-se o item seguinte, com exame mais detalhado dessa questão.

¹⁴⁹ Cf, nesse sentido, por exemplo: RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*, vol. 1, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 286-287.

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O Contrato de Doação*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64-68. Esse autor ainda observa que, caso se entendesse que a doação inoficiosa constituiria hipótese de anulabilidade, e como não há prazo previsto para postular a anulação, seria aplicável o art. 179 do Código Civil, segundo o qual, não havendo prazo específico para pleitear-se a anulação em determinada situação, é de dois anos a contar da conclusão do ato. O autor discorda dessa possibilidade, sustentando que a doação inoficiosa seria nula de pleno direito, cuja declaração seria imprescritível, ressaltando que os efeitos patrimoniais da declaração de invalidade estariam sujeitos ao prazo geral de prescrição de dez anos do art. 205 do Código Civil (ibid., p. 68-71).

ser arguida pelos diretamente interessados, não admitindo arguição por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, incabível, ainda, decretação de ofício; c) admite convalidação; d) e não produz efeitos antes de eventual convalidação, constituindo esse último aspecto o principal a diferenciá-la da anulabilidade¹⁵¹. Marcos Bernardes de Mello reputa inadequadas as expressões nulidade absoluta e relativa por falta de precisão e cientificidade, considerando mais correto dizer nulidade *de pleno iure* e nulidade dependente de alegação, esta última correspondendo à nulidade relativa¹⁵². Outros autores, como Antônio Junqueira de Azevedo e Humberto Theodoro Júnior, embora não façam referência a terceiro tipo de invalidade, esclarecem que o sistema comporta exceções, com hipóteses de nulidade que não seguem a regra geral¹⁵³. Na linha dessas posições doutrinárias, a nulidade do art. 549 seria relativa ou dependente de alegação ou, ainda, hipótese excepcional de nulidade que não segue a regra geral das nulidades absolutas.

Firmada essa posição quanto às doações inoficiosas, de se indagar qual é a situação, não mais da doação, mas das disposições testamentárias lesivas da legítima. Na doutrina brasileira, há opinião de que são disposições válidas, ou seja, não eivadas de nulidade, simplesmente sujeitas à redução suficiente para recompor a legítima¹⁵⁴. Outros

¹⁵¹ Admitindo a nulidade relativa como modalidade intermediária de invalidade, entre a nulidade absoluta e a anulabilidade, implícita em nosso sistema, Zeno Veloso cita as opiniões de Gondim Filho, Regina Bottentuit Gondim, Débora Gozzo, Francisco Amaral, Orosimbo Nonato e, na doutrina italiana, Emilio Betti, Messina, Enzo Roppo, Cariota-Ferrara e Sconamiglio (VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*, 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 103-111). Como esclarece Marcos Bernardes de Mello, por influência da doutrina francesa especialmente, que emprega as expressões nulidade absoluta e nulidade relativa para identificar o que chamamos de nulidade e anulabilidade, difundiu-se em parcela da doutrina brasileira a tendência de identificar nulidade relativa e anulabilidade, mas, como visto, são categorias distintas (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61).

¹⁵² Ibid., p. 63-64.

¹⁵³ Antônio Junqueira de Azevedo esclarece haver exceções à regra geral de que a nulidade absoluta não produz efeitos, apresentando como exemplo de negócio nulo que excepcionalmente produz seus efeitos próprios o do casamento putativo, afirmando que o mesmo se verifica em algumas outras poucas hipóteses. Essas exceções, em suas palavras, seriam confirmatórias da regra (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64). Humberto Theodoro Júnior argumenta que o reconhecimento da nulidade relativa como terceira espécie de invalidade demandaria alteração legislativa. Admite esse autor, no entanto, haver hipóteses excepcionais em que a cominação legal de nulidade não segue o regime próprio das nulidades absolutas, pois só se reconhece a certas pessoas a possibilidade de postular sua decretação (THEODORO JÚNIOR, Humberto, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, Tomo I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 550-554).

¹⁵⁴ Carlos Maximiliano afirmava que o testamento prejudicial à legítima não é nulo, mas sujeito a redução (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 36). Citando doutrina dos Mazeud, Arnaldo Rizzardo também afirma que a disposição testamentária excessiva não é nula ou anulável, mas redutível (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 475). No mesmo sentido: GOMES, Orlando, cit., 2004, p. 77; MONTEIRO, Washington de Barros, cit., p. 248; GONÇALVES, Carlos Roberto, cit., vol. VII, 2007, p. 414; VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 7, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 314

doutrinadores afirmam que seria disposição passível de anulação¹⁵⁵. Em nossa opinião, trata-se também de hipótese de nulidade relativa ou dependente de alegação, com regime jurídico peculiar, diferenciado da nulidade absoluta ou de pleno direito.

Em defesa da primeira tese, de que o excesso não é nulo, somente redutível, seria possível argumentar que não há pertinência em invocar as hipóteses de nulidade dos incs. I a VI do art. 166 do Código Civil. Também seria inaplicável o inc. VII desse artigo, segundo o qual é nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente assim o declarar ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção. Pois, ao contrário da nulidade expressamente prevista para as doações inoficiosas no art. 549, não há igual previsão em face das disposições testamentárias excessivas. Além disso, proibida a disposição inoficiosa por testamento (Código Civil, arts. 1.789 e 1.857, § 1º¹⁵⁶), há sanção cominada pelos arts. 1.967 e 1.968 do Código Civil, consistente na redução do excesso. Há, portanto, proibição do ato com sanção específica, que é a redução, o que afasta a incidência da parte final do inc. VII do art. 166. Não obstante, parece ser possível concluir pela nulidade por interpretação sistemática. Pois, se a lei considera nula a doação na parte inoficiosa, não teria sentido disciplinar diversamente a disposição testamentária excessiva que produz o mesmo efeito prejudicial aos herdeiros necessários. Parece não haver razão jurídica razoável para tratamento diferenciado das duas situações.

Além disso, a afirmação de que a disposição testamentária é simplesmente redutível e não inválida deixa no ar a questão sobre a eficácia da parte inoficiosa na abertura da sucessão. Como o art. 1.846 dispõe que a legítima pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, a significar, como visto, que lhes é transmitida na abertura da sucessão, a conclusão é a de que a disposição testamentária inoficiosa não produz efeitos (podendo vir

¹⁵⁵ Orosimbo Nonato afirmava que: “O excesso não anula o ato...”, mas com a expressão ato esse autor se referia ao testamento como um todo, visto que, adiante, esclarece: “O *excesso* não anula o ato senão na parte exorbitante” (NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 371-372, *itálico no original*). Na parte excessiva, portanto, na opinião desse jurista, a hipótese é de anulação, sem maior aprofundamento sobre a natureza dessa invalidade. Caio Mário da Silva Pereira reputava anuláveis as liberalidades excessivas por testamento: “Cumprir observar que as liberalidades excessivas, não sendo nulas de *pleno iure*, porém anuláveis, somente se reduzirão quando atacadas pelos interessados, aos quais é, entretanto, livre deixar que produzam todos os seus efeitos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 350).

¹⁵⁶ O art. 1.789 dispõe: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança”; e o art. 1.857, § 1º, que: “A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”. A redação do § 1º desse art. 1.857 é criticada por Zeno Veloso, pois seu verdadeiro sentido é o de que não se permite disposição da legítima por testamento e assim deve ser interpretada a norma, pois a legítima, ao contrário do que diz o dispositivo, pode ser incluída no testamento em caso, por exemplo, de deserdação (VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 5). Pode-se acrescentar, ainda, que a legítima também pode ser incluída em caso de partilha dos quinhões dos herdeiros necessários por testamento, ou para imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

a produzir, no caso de renúncia ou inércia do sucessível necessário). A não produção de efeitos se conforma ao regime das invalidades, da nulidade relativa ou dependente de alegação, como salientado¹⁵⁷.

Em nosso entender, portanto, a disposição testamentária lesiva da legítima não é simplesmente redutível. Mais do que sujeita a redução, padece de nulidade relativa. É a existência dessa nulidade relativa, e não anulabilidade, que explica o fato de que a disposição testamentária inoficiosa não produz efeitos desde a abertura da sucessão.

Assentada essa posição, de que se trata de nulidade relativa, no item seguinte será examinado o prazo para redução das disposições testamentárias e doações inoficiosas.

6.4. O prazo para exercício do direito de postular o reconhecimento da nulidade das doações e das disposições testamentárias inoficiosas.

6.4.1. Prazo no caso de disposições testamentárias inoficiosas.

O art. 169 do Código Civil dispõe que: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. Considerando-se a disposição testamentária na parte inoficiosa como hipótese de nulidade relativa, como foi sustentado no item anterior, é de se indagar se o sucessível necessário poderia, a qualquer tempo, postular seu reconhecimento, obtendo a correspondente redução.

Em resposta, primeira observação importante é a de que esse art. 169, ao contrário do que parece se inferir de sua redação literal, não torna a arguição de nulidade admissível a qualquer tempo em todas as circunstâncias. Como observa Humberto Theodoro Júnior, se o ato nulo produziu efeitos, criando novas situações jurídicas, que podem gerar pretensões, em face destas incide prazo prescricional¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Hamid Charaf Bdine Júnior, ao tratar do inc. VII do art. 166 do Código Civil, recorda a observação de Orlando Gomes no sentido de que por vezes a nulidade não está prevista na lei, mas é subentendida, implícita, depreendendo-se da função desempenhada pela norma (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47).

¹⁵⁸ Salienta esse jurista que a ação para declaração da nulidade é imprescritível, pois as ações declaratórias “... se destinam a eliminar incerteza jurídica, e a incerteza não desaparece só pelo decurso do tempo”, ressaltando em seguida: “Mas, se é certo que a nulidade, em si, não pode se sujeitar aos efeitos da prescrição, das situações que o negócio jurídico inválido cria podem perfeitamente decorrer *pretensões* que não de sofrer os efeitos naturais da prescrição (exemplo: restituição de bens ou preço, indenização de prejuízos, etc., as quais terão de submeter-se aos efeitos da prescrição)”. Sustenta esse jurista que é preciso distinguir o contrato nulo executado e o contrato nulo nunca executado. No primeiro caso, cumpridas as prestações pactuadas, há estabilização das posições jurídicas entre os sujeitos participantes do negócio, criando-se novas situações jurídicas, “... cuja manutenção ou reversão diz respeito muito mais às conveniências pessoais do que às de

A segunda observação diz respeito ao critério de distinção entre prescrição e decadência adotado pelo Código de 2002, tendo encampado, como noticia Humberto Theodoro Júnior¹⁵⁹, a formulação de Agnelo Amorim Filho¹⁶⁰.

Esse autor partiu da diferenciação dos direitos subjetivos elaborada por Chiovenda, entre os chamados direitos a uma prestação e os direitos potestativos. Os direitos a uma prestação impõem ao sujeito passivo uma prestação, negativa ou positiva, conferindo-se ao sujeito ativo uma pretensão, exercitável em caso de violação do direito, por meio de ação condenatória, sujeita esta a prescrição, à perda do direito de ação, porque a possibilidade de ajuizamento da ação a qualquer tempo é que gera intranquilidade, sem extinção do direito¹⁶¹.

Os direitos potestativos, por sua vez, constituem poderes conferidos à pessoa, exercitáveis mediante declaração de vontade, influenciando a situação jurídica de outrem, acarretando ao sujeito passivo um estado de sujeição que ele não tem como evitar, sem lhe impor uma prestação¹⁶². Os direitos potestativos são insuscetíveis de violação. Cita como exemplos os direitos de revogar mandato, doação, de formular pedido de “desquite”, de extinção de condomínio, de resolução contratual por inadimplemento, de promover invalidação dos negócios jurídicos nulos ou anuláveis, inclusive o testamento¹⁶³, etc. Alguns direitos potestativos são exercidos independentemente de ação judicial (como na revogação do mandato); outros, mediante intervenção judicial se houver oposição da parte contrária (é o exemplo da extinção de condomínio); outros, ainda, obrigatoriamente mediante provimento judicial (nas chamadas ações necessárias, como a de anulação de

ordem pública predominantes antes do cumprimento do contrato inválido”. No segundo caso, se nunca foi executado, não há prescrição ou decadência, “... visto que o nulo jamais teve vida para o direito” e, se vier a ser deduzida alguma pretensão com base no negócio inválido, o devedor poderá sempre, independentemente do prazo decorrido, arguir a nulidade absoluta (THEODORO JÚNIOR, Humberto, cit., 2006, p. 527-529, *itálico no original*). Nesse sentido, de que o negócio nulo não convalesce pelo decurso do tempo, mas que prescrevem os direitos pessoais eventualmente surgidos de um ato nulo, quando não declarada sua nulidade, confira-se, também: AMARAL, Francisco, cit., p. 538.

¹⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho, In: *Revista dos Tribunais*, vol. 836, junho de 2005. São Paulo: RT, 2005, p. 49-55

¹⁶⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, In: *Revista dos Tribunais*, vol. 836, junho de 2005. *São Paulo: RT, 2005, p. 733-763, originalmente publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 300, de outubro de 1960.

¹⁶¹ Humberto Theodoro Júnior exemplifica hipótese dessa latência do direito, após a prescrição da respectiva ação, com o art. 882 do Código Civil, segundo o qual o devedor que paga dívida prescrita não tem direito à repetição do indébito (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho, cit., p. 57).

¹⁶² AMORIM FILHO, Agnelo, cit., p. 736-737.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 737.

casamento)¹⁶⁴. Quando exercidos por meio de ação, esta tem natureza constitutiva, pois é por meio das ações constitutivas que se cria, modifica ou extingue estados jurídicos. Como o exercício de alguns direitos potestativos a qualquer tempo pode gerar intranquilidade social, a lei os submete a prazo decadencial, extintivo do próprio direito¹⁶⁵. Em outras situações, não os submete a prazo de exercício, como na investigação de paternidade, que pode ser promovida a qualquer tempo.

As ações declaratórias não lidam nem com direito a uma prestação nem com direitos potestativos, visando somente dirimir incerteza jurídica e, por isso, não se submetem a prescrição ou decadência, configurando o que o autor denomina de ações perpétuas. Ressalta que há ações só aparentemente declaratórias, pois na verdade têm carga constitutiva, como a declaratória de nulidade, pois necessário provimento jurisdicional para impedir que o nulo produza efeitos. Adota o autor, assim, posição de Pontes de Miranda, de que as ações de nulidade seriam constitutivas negativas¹⁶⁶.

A conclusão do professor é a de que só há prescrição em ações condenatórias; que as ações constitutivas podem ou não ser submetidas a prazo decadencial, conforme opção legislativa, incluindo as ações que são aparentemente declaratórias, como as de nulidade; e as ações declaratórias propriamente, bem como as constitutivas para as quais não se prevê prazo de exercício, não se submetem a nenhum prazo¹⁶⁷.

Adotando essas observações como ponto de partida de nossa análise, pode-se afirmar que é potestativo o direito de postular o reconhecimento judicial da nulidade relativa da disposição testamentária inoficiosa. Pois o exercício desse direito não impõe uma prestação ao sujeito passivo beneficiário da inoficiosidade e sim lhe acarreta estado de sujeição à vontade do sucessível necessário. Além disso, o direito do sucessor necessário de pedir a decretação da nulidade da disposição na parte inoficiosa é insuscetível de violação. O provimento judicial de redução da inoficiosidade não tem caráter puramente declaratório, de acerto de incerteza jurídica, mas exclui do mundo jurídico disposição que nele havia penetrado, ainda que inválida na parte inoficiosa. O provimento de redução tem natureza, segundo a terminologia empregada por Agnelo Amorim Filho, aparentemente declaratória, pois na essência é constitutiva negativa. Tratando-se de direito potestativo, exercitável mediante obtenção de provimento de natureza constitutiva, a

¹⁶⁴ Ibid., p. 740-741.

¹⁶⁵ Ibid., p. 746-749.

¹⁶⁶ Ibid., p. 750-763.

¹⁶⁷ Ibid., p. 763.

primeira conclusão é a de que, se houver prazo em lei para seu exercício, se trata de decadência e não de prescrição¹⁶⁸.

É de se verificar, então, na linha da exposição de Agnelo Amorim Filho, se há prazo especial fixado em lei, isto é, se o pleito de reconhecimento de nulidade e redução da disposição testamentária seria perpétuo ou não.

A resposta que se reputa adequada é a de que é aplicável o art. 1.859 do Código Civil de 2002, sem similar no Código de 1916, e que dispõe: “Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro”. Trata-se de prazo decadencial. Seu termo inicial é a data do registro do testamento. Esse registro é o que se promove após a abertura da sucessão por meio do procedimento de jurisdição voluntária disciplinado nos arts. 1.125 a 1.134 do Código de Processo Civil. Esse art. 1.859 se refere à invalidade do testamento como um todo. Ao se referir genericamente a impugnação da validade, engloba todas as hipóteses de invalidade, ou seja, nulidade (absoluta e relativa, ou nulidade de pleno direito e dependente de alegação, de acordo com a terminologia que vier a ser adotada) e anulação do testamento. Trata-se de exceção à regra geral do art. 169, de que a arguição de nulidade não está sujeita a prazo decadencial¹⁶⁹. No caso de testamento, houve opção legislativa em submeter o exercício do direito potestativo de obter reconhecimento da invalidação a prazo decadencial. Considerou o legislador a perenidade do direito como causa de intranquilidade social, inadequada à segurança das relações jurídicas. Assim, mesmo o testamento eivado de nulidade absoluta convalesce decorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Seria possível objetar que a norma não faz referência expressa a disposições testamentárias excessivas e à sua redução. Não obstante, se esse art. 1.859 se aplica inclusive ao reconhecimento da nulidade absoluta de todo o testamento, que é o mais, deve ser aplicado também, conforme básica regra hermenêutica, ao menos, que é o reconhecimento de nulidade relativa de parte de disposição testamentária, no que for inoficiosa. Seria contrassenso, ao que parece, reconhecer a existência de prazo decadencial para arguição de nulidade absoluta de todo o testamento, situação mais grave, e afirmar

¹⁶⁸ O Código Civil português, nessa linha, no art. 2.178º, dispõe que: “A acção de redução de liberalidade inoficiosas caduca dentro de dois anos, a contar da aceitação da herança pelo herdeiro legítimo”, ou seja, expressamente prevê que a natureza do prazo é decadencial.

¹⁶⁹ Cf. VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 21. No mesmo sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira, cit., p. 398. Atente-se para a observação de Zeno Veloso, no sentido de que esse prazo de cinco anos se aplica à invalidade (nulidade e anulação) e não à inexistência do testamento, pois, nesse último caso, pode ser arguida a qualquer tempo, como no exemplo do testamento em que houve falsificação da assinatura do testador e que não convalesce nunca (VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 26-28).

que não estaria sujeito a prazo o pleito de redução de disposição testamentária.

A conclusão é a de que há prazo para redução das disposições testamentárias inoficiosas, de cinco anos do art. 1.859, com termo inicial na data na qual promovido o registro do testamento¹⁷⁰. Recorde-se que, salvo se houver alta indagação, a exigir ação própria, a redução da disposição testamentária inoficiosa pode ser reclamada como incidente no próprio inventário ou arrolamento, de modo que a decadência será interrompida pelo simples requerimento no curso do processo.

Definida ser essa a regra geral, comporta variações a depender das vicissitudes dos casos concretos, a saber:

a) se antes do término dos cinco anos se consuma partilha amigável¹⁷¹ de que tenha participado o sucessor necessário, anuindo com a produção de efeitos da disposição testamentária na parte inoficiosa, tal conduta equivale a resignação à vontade do testador, de modo que, a partir de então, parece não ser mais admissível arguição de nulidade do excesso, sob pena do *venire contra factum proprium*¹⁷². Pode, eventualmente, se presente algum dos defeitos dos negócios jurídicos, postular a anulação da partilha amigável no prazo decadencial de um ano previsto no art. 2.027 do Código Civil, reproduzido no art. 1.029 do Código de Processo Civil;

b) caso se trate não de partilha amigável, mas judicial, ou seja, aquela na qual não há consenso quanto aos quinhões, ou quanto à qualidade de herdeiro de determinada pessoa etc., em que o provimento judicial não é meramente homologatório, o sucessor

¹⁷⁰ Guido Capozzi observa que, na Itália, a Corte de Cassação firmou orientação sobre o termo inicial do prazo prescricional para os pleitos de redução de doações e disposições testamentárias inoficiosas, em julgado de 25 de outubro de 2004, definindo que a redução da doação pode ser reclamada a partir da abertura da sucessão, pois, sendo variável o percentual da legítima na Itália, é nesse momento que ocorre estabilização a permitir aferição de eventual inoficiosidade. Quanto às disposições testamentárias, a Corte decidiu que pode ser reclamada a redução somente a partir da aceitação pelo herdeiro testamentário beneficiado com o excesso, sob o argumento de que somente nesse momento se caracteriza lesão à legítima (CAPPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 558-561).

¹⁷¹ Sempre em inventário ou arrolamento judiciais, pois não se permite inventário extrajudicial, por escritura pública, quando há testamento (Código de Processo Civil, art. 982, com a redação da Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007).

¹⁷² Citando a posição de Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 258-269), Hamid Charaf Bdine Júnior defende a possibilidade de aplicação do princípio do *venire contra factum proprium* mesmo em relação a hipóteses de nulidade absoluta, com base em juízo de ponderação, à luz de cada caso concreto, entre o interesse público que a hipótese específica de nulidade visa a proteger e o interesse, que também é público, na tutela da confiança e da solidariedade social, o que pode resultar, de acordo com as circunstâncias do caso concreto: a) na prevalência da nulidade absoluta; b) ou no reconhecimento da nulidade com manutenção dos efeitos pretéritos; c) ou, ainda, na não admissão da declaração de nulidade, conservando-se o ato em sua plena eficácia (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf, cit., p. 168-169). Se há essa possibilidade no caso de nulidade absoluta, com mais razão no de nulidade relativa, em que, embora haja interesse público, concretiza-se como interesse tipicamente individual, disponível, como anteriormente examinado.

necessário deve postular a redução da disposição inoficiosa no curso do processo. Caso a sentença venha a lhe ser desfavorável, caberá o recurso cabível e, se houver trânsito em julgado, o remédio passa a ser ação rescisória se presente alguma das hipóteses de sua admissibilidade, com seu prazo decadencial próprio, não mais se aplicando o do art. 1.859 do Código Civil;

c) por fim, se o sucessor necessário não participou do inventário ou arrolamento, porque, por exemplo, o testamento contemplou com a integralidade do patrimônio outras pessoas, a homologação da partilha amigável ou a sentença que deliberar a partilha judicial não podem lhe ser opostas, pois não foi parte na demanda (Código de Processo Civil, art. 472), e nesse caso é aplicável o prazo decadencial de cinco anos do art. 1.859.

6.4.2. Prazo no caso de doações inoficiosas.

Resta a questão das doações inoficiosas. Durante a vigência do Código de 1916, pacificou-se a orientação, ainda válida sob o Código de 2002, no sentido de que a ação de reconhecimento de nulidade da doação inoficiosa pode ser ajuizada desde a efetivação da doação e não somente após a abertura da sucessão¹⁷³. Essa solução é possível porque, como visto, o art. 549 do Código Civil, assim como fazia o art. 1.176 do Código de 1916, comina de nulidade a doação na parte inoficiosa. Sendo disposição inválida, pode ser questionada desde logo pelos sucessíveis necessários.

Embora não se saiba se esses sucessíveis serão efetivamente sucessores (pois podem morrer antes do *de cuius*, podem vir a renunciar à herança ou ser excluídos por indignidade ou deserdação), a lei lhes confere, em razão da mera expectativa de virem a ser sucessores, o direito de promover a invalidação da doação na parte inoficiosa. Justifica-se o reconhecimento dessa expectativa de direito aos sucessíveis necessários, tutelada com o direito de postular desde logo reduções de doações inoficiosas, a fim de evitar que, por meio de doações, seja esvaziada a proteção representada pela herança necessária¹⁷⁴.

¹⁷³ Conforme retrospecto apresentado por Sylvio Capanema de Souza, o Supremo Tribunal Federal adotava a tese de que, sendo questão relacionada à sucessão, de interesse de herdeiros necessários, a ação de redução das doações inoficiosas só poderia ser ajuizada a partir da abertura da sucessão, mas, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ao qual a Constituição de 1988 transferiu a competência para dirimir a questão, pacificou-se o entendimento contrário, de que a ação de redução pode ser ajuizada desde a celebração da doação (SOUZA, Sylvio Capanema, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 195-196).

¹⁷⁴ José de Oliveira Ascensão qualifica de “expectativa jurídica” o direito que se reconhece aos legitimários, à defesa da legítima antes da abertura da sucessão em determinadas situações (ASCENSÃO, José de Oliveira,

A invalidação da doação inoficiosa antes da abertura da sucessão é possível em nosso sistema pela peculiaridade do ordenamento brasileiro, que é a de a legítima estar estabelecida em cota fixa, de metade do patrimônio, não importando a quantidade de sucessíveis necessários nem o grau de parentesco com o autor da herança. Somente assim se torna viável a aferição da inoficiosidade antes da abertura da sucessão, o que não ocorre nos inúmeros outros países, nos quais a legítima varia em função da quantidade e da qualidade dos legitimários¹⁷⁵.

Admissível a ação de redução da doação inoficiosa desde a efetivação da doação, a jurisprudência, como observado anteriormente, havia assentado, sob a égide do Código Civil de 1916, que a ação de nulidade da doação inoficiosa estava submetida ao prazo prescricional máximo de vinte anos de seu art. 177¹⁷⁶. O termo inicial do prazo, tratando-se de imóveis, é a data do registro imobiliário da doação, aperfeiçoando-se a transmissão da propriedade, quando é conferida publicidade do ato¹⁷⁷. Na vigência do Código de 2002, há pronunciamentos da jurisprudência no mesmo sentido, de que é ação sujeita ao prazo prescricional máximo, reduzido a dez anos por seu art. 205¹⁷⁸.

Julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu solução diferente a essa questão, no sentido de que seria pleito de nulidade, imprescritível à luz do art. 169 do Código Civil, e, como também não haveria previsão expressa de prazo decadencial, não estaria submetido a nenhuma limitação de prazo¹⁷⁹.

Ao tratar do tema, Pablo Stolze Gagliano sustenta se tratar de nulidade de pleno

cit., p. 107). Capelo de Sousa, igualmente, afirma haver em face dos legitimários, em vida do autor da sucessão, uma “expectativa juridicamente titulada à sua porção legítima” (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 141).

¹⁷⁵ É o que se verifica na Itália, em que a legítima pode ser de: a) três quartos se concorrem cônjuge e mais de um filho, um quarto àquele, metade a estes; três quartos, igualmente, no concurso entre cônjuge e ascendentes, metade àquele, um quarto a estes; b) dois terços, em caso de concorrência entre cônjuge e um único filho, cabendo um terço a cada um; e dois terços, também, se há mais de um filho, não havendo concorrência de cônjuge; c) metade do patrimônio se o único legitimário for o cônjuge ou se o único legitimário for filho único; d) e um terço aos ascendentes sem concurso com cônjuge (Código Civil italiano, arts. 537, 538, 540, 542 e 544). Em consequência, só é possível saber qual o percentual da legítima na abertura da sucessão, com a estabilização do número e qualificação dos sucessíveis necessários. Como o cálculo para apurar eventual inoficiosidade das doações depende do percentual da legítima, a redução das doações só pode se dar após a abertura da sucessão.

¹⁷⁶ É a posição pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça (cf. REsp 254.894/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, j. 09/08/2005; REsp 259.406/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 17/02/2005; e REsp 151.935/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 25/06/1998).

¹⁷⁷ Nesse sentido, do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 115.768/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.02.2004.

¹⁷⁸ Confira-se, do Tribunal de Justiça de São Paulo: Ap. 0000454-02.2011.8.26.0452, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 17/05/2012; e Ap. 9125403-79.2007.8.26.0000, rel. Des. João Batista Vilhena, j. 13/03/2012; e, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI 70049435639, rel. Des. Eduardo João Lima Costa, j. 14/08/2012.

¹⁷⁹ AI 70047589809, rel. Des. Rui Portanova, j. 05/03/2012.

direito e que seria aplicável o art. 169 do Código Civil, mas ressalva que, embora o negócio nulo não convalesça pelo decurso do tempo, os efeitos patrimoniais decorrentes da declaração de invalidade, sim. Em consequência, o pedido de reivindicação do bem doado, ou o de indenização substitutiva quando não for possível a restituição do bem, estariam submetidos ao prazo prescricional máximo de dez anos do art. 205 do Código Civil¹⁸⁰.

Em nosso entender, deve prevalecer essa posição pela prescrição de dez anos para desfazer a transmissão da propriedade operada pela doação, em conformidade com antiga corrente jurisprudencial dominante. Na esteira da exposição de Humberto Theodoro Júnior citada no item anterior, o direito de arguir a nulidade não convalesce, mas, se o negócio respectivo produziu efeitos, ou aparência de produção de efeitos, mediante registro imobiliário da doação inoficiosa por exemplo, há nova situação jurídica, da qual decorre não mais o mero direito potestativo à declaração da nulidade, mas pretensões (de restituição do bem doado ao patrimônio do doador ou, não sendo possível, à indenização respectiva), em face das quais aplicável prazo prescricional. À falta de previsão específica para a espécie, o prazo é o geral de dez anos do art. 205.

Seria possível argumentar haver aparente contradição com a solução proposta no item anterior, ou seja, como conceber que, para redução das doações inoficiosas, o prazo possa ser prescricional de dez anos e, no caso de inoficiosidade de disposições testamentárias, situação na qual se protege o mesmo valor jurídico, que é o direito dos sucessíveis necessários à legítima, o prazo possa ser de natureza diversa (decadencial) e menor (de cinco anos)?

Para a questão da natureza do prazo, a explicação é a de que, enquanto não operada a partilha, consumando-se eventual lesão à legítima, a disposição testamentária inoficiosa ainda não produziu seus efeitos e, por isso, se aplica a posição defendida por Humberto Theodoro Júnior, ou seja, permanece possível arguição de nulidade submetida ao prazo decadencial de cinco anos. Na doação inoficiosa, ao contrário, há aparência de validade do negócio jurídico, com transmissão da propriedade já consumada a partir do registro imobiliário ou da tradição do bem móvel, fazendo surgir pretensão à restituição da coisa ou do equivalente, submetida a prescrição.

A diferenciação de prazos (dez e cinco anos) pode resultar, efetivamente, em situações contraditórias. Suponha-se, em face da mesma sucessão, doação realizada dois anos antes da abertura da sucessão e testamento registrado um ano após a morte do

¹⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, cit., p. 68-71.

testador. A decadência de cinco anos para questionar inoficiosidade da disposição testamentária se consumaria seis anos após a abertura da sucessão e a prescrição da ação de redução da doação inoficiosa oito anos depois. Trata-se efetivamente de contradição do sistema, a justificar revisão legal na busca de regra que procure equalizar as duas situações¹⁸¹.

Recorde-se, por fim, ser possível que, antes do decurso dos dez anos, o donatário possa vir a arguir usucapião, caso se consume, pelas circunstâncias, em prazo inferior ao decenal, como nas hipóteses de cinco anos dos arts. 183 e 191 da Constituição Federal.

6.5. Conclusões sobre a natureza jurídica do direito conferido ao sucessível necessário.

A partir dos temas examinados nos itens precedentes deste capítulo, pode-se, então, em suma, afirmar que a lei assegura aos sucessíveis necessários antes da abertura da sucessão expectativa de direito a participação na herança, considerada esta em sentido amplo.

Essa participação pode se dar por meio de direito a parte da herança (*pars hereditatis*), em posição de herdeiro; ou, então, a parte dos bens (*pars bonorum*) ou a crédito em face da herança (*pars valoris*), nesses dois casos em situação de legatário.

Antes da abertura da sucessão, essa expectativa é tutelada juridicamente pela pretensão conferida aos sucessíveis necessários de promover a redução das doações inoficiosas no prazo prescricional de dez anos do art. 205 do Código Civil, em razão da nulidade relativa ou dependente de alegação cominada pelo art. 549 do mesmo código, postulando, quanto ao excesso, a recomposição do patrimônio do doador, se ainda vivo, ou do *de cujus* após a abertura da sucessão.

Antes da abertura da sucessão, essa expectativa jurídica não é passível de renúncia pelo sucessível necessário, tendo, portanto, em face dele, nesse momento, caráter

¹⁸¹ Outra incongruência em relação a prazos decadenciais, no Código de 2002, se verifica pela previsão de cinco anos para invalidação do testamento, contados do registro do testamento, no mencionado art. 1.859, em comparação com o prazo decadencial de quatro anos do art. 1.909, § único, do mesmo código, para anulação de disposição testamentária inquinada de erro, dolo ou coação, contado esse prazo da data da ciência do vício pelo interessado. Pois essa ciência do vício pode ocorrer muito tempo depois do registro do testamento, de modo que o prazo para anulação, situação menos grave, pode se consumir além do prazo previsto para hipóteses de nulidade e para as demais de anulabilidade englobadas no art. 1.859. O projeto de lei 699/2011 propõe alteração para que o prazo de quatro anos do § único do art. 1.909 também seja contado do registro do testamento e não mais da ciência do vício.

imperativo.

Uma vez aberta a sucessão, a transmissão da porção da herança ou dos legados *ex lege* opera automaticamente, transmitindo-se de pleno direito o domínio da coisa certa existente no acervo hereditário ao sucessível necessário, transmissão a ser confirmada pela aceitação da herança ou do legado.

A partir da abertura da sucessão, preponderando o interesse particular do sucessível necessário, não mais o interesse público da proteção de familiares mais próximos, o direito que lhe assiste se torna disponível. Pode renunciar à herança ou ao legado necessário. Pode deixar de promover a redução a que teria direito na doação ou na disposição testamentária inoficiosa.

Em face do excesso, tem o direito potestativo de exigir a redução. Seu exercício ou não é questão que afeta exclusivamente seu interesse particular, salvo quando prejudicar credores. Exercendo o direito potestativo à redução, impõe aos beneficiários pelo excesso o referido estado de sujeição à sua vontade.

As disposições testamentárias excessivas também padecem de nulidade relativa, em razão da referida interpretação sistemática. Não produzem efeito na abertura da sucessão quanto ao excesso, podendo vir a ser convalidadas se houver renúncia da herança ou do legado necessário, ou se o sucessível necessário se conformar quanto ao excesso que o prejudica.

O prazo para solicitar a redução das disposições testamentárias inoficiosas, por padecerem de nulidade relativa, é o de cinco anos do art. 1.859 do Código Civil, previsto para arguição de todo tipo de invalidade do testamento.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA SUCESSÃO NECESSÁRIA.

7.1. Antecedentes históricos mais remotos.

7.1.1. A legítima romana.

Segundo o conhecido relato de Fustel de Coulanges, na Grécia antiga e em Roma, nas épocas mais remotas, acreditava-se em uma segunda existência sob a terra, motivo pelo qual o morto era enterrado com os objetos de que pudesse vir a necessitar e era preciso depositar alimentos na sepultura periodicamente, criando-se um culto dos mortos, considerados seres sagrados. Havia, ainda, o culto do fogo doméstico, em altar nas casas de gregos e romanos, representativo dos ancestrais. Fogo que não podia se extinguir, em altar que se fixava ao solo e não podia ser mudado de local salvo caso de premência. Cada família tinha seu próprio fogo, que não era compartilhado com outras, e uma sepultura familiar, isolada das de outras famílias. Essa exclusividade teria originado nesses povos a ideia de propriedade privada. O parentesco estava ligado à comunhão desse culto familiar. Ao se casar, a filha deixava a família originária para se integrar à do marido, passando a cultuar outros ancestrais e outro fogo sagrado. No direito hereditário, o culto era transmitido pela linhagem masculina. O filho dava continuidade ao culto e à propriedade familiar, o que o tornava *heres necessarius*. Era *heres suus*, a significar herdeiro de si mesmo, do que já lhe pertencia, sem efetiva transmissão de propriedade¹⁸².

Clóvis Bevilaqua, nessa linha, salientava que, nesse tempo de comunhão patrimonial da família, não havia transmissão hereditária, somente mudava a pessoa do administrador da fortuna doméstica¹⁸³. Inocêncio Galvão Telles explica, igualmente, que, nas raízes do direito romano, a *gens* ou a família constituía agrupamento político e a sucessão *causa mortis* se dava como ingresso na posição do chefe desaparecido; e tanto era assim que podia haver herdeiros mesmo à falta de patrimônio, pois a sucessão abrangia outros elementos, relacionados à soberania familiar¹⁸⁴. Rabindranath Capelo de Souza

¹⁸² COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*, 4. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo/Bauru: Edipro, 2009, p. 17-22, 26-27, 35, 39-40, 54-57 e 62-63.

¹⁸³ BEVILAQUA, Clóvis, cit., 1938, p. 25.

¹⁸⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 145-146 e 168-169. Esse autor explica, ainda sobre esse tema, que, embora o herdeiro necessário não pudesse repudiar a herança, por questão de justiça, a fim de evitar a

relaciona a visão de Fustel de Coulanges, acima resumida, e duas outras. A primeira, de Lewis Morgan e Engels, pela qual, no estado selvagem e no de barbárie, a propriedade era coletiva, ao passo que, no chamado estado de civilização, a que corresponde a monogamia, passou-se para a propriedade individual, “... expressão do papel econômico preponderante do *pater famílias* sobre a estrutura familiar e alteração das relações de força daquele relativamente à *gens*”. O outro ponto de vista referido é o de Laveleye, segundo o qual teria havido transição da comunidade de clã para a de aldeia, na passagem do nomadismo para o sedentarismo, desta para a propriedade familiar e, por fim, à propriedade individual. Como ressalta Capelo de Sousa, qualquer que seja o ponto de vista adotado, o fato é que, nessas épocas mais remotas, a propriedade era coletiva, compartilhando do entendimento de que, nas sociedades primitivas, não havia propriamente transmissão hereditária dos bens aos sucessores, mas mera ascensão destes à posição jurídico-política do falecido¹⁸⁵.

Sobre a origem do testamento, Inocêncio Galvão Telles salienta que morrer sem herdeiro era “ignomínia”, pelas funestas consequências religiosas da ausência de um continuador do culto dos lares. Esse inconveniente era remediado por meio de adoção ou mediante instituição de herdeiro por testamento, providência esta que tinha significado de verdadeira adoção, a explicar o “grande favor” de que o testamento gozava entre os romanos¹⁸⁶. Aurelio Barrio Gallardo compartilha desse entendimento, de que a provável explicação para o surgimento do testamento seria a necessidade de instituição de herdeiro por quem não tinha nenhum, em situação similar à de adoção, no que seria como que uma adoção *post mortem*, para assegurar a permanência do culto doméstico e a perpetuação da estirpe¹⁸⁷.

Esse autor salienta que a primeira formulação dessa teoria teria sido apresentada pelo italiano Pietro Bonfante, tendo como ponto de partida a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*: a *res Mancipi* de propriedade social do grupo familiar, inalienável sem consenso de todos, e a *res nec Mancipi* de titularidade individual. O chefe do grupo atuava como gestor em nome da família, do patrimônio familiar. O testamento servia

insolvência do sucessor, o pretor passou a lhe conceder o que se denominava *beneficium abstinendi*, pelo qual poderia se abster de tomar posse dos bens da herança, ficando isento dos débitos, hipótese em que, embora continuasse a ser considerado herdeiro, os bens eram transmitidos aos sucessíveis seguintes ou vendidos a favor dos credores (ibid., p. 181).

¹⁸⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 87-88.

¹⁸⁶ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 170-171

¹⁸⁷ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 45. Esse jurista espanhol explica que, embora haja outras teorias sobre a origem do testamento, as considera arriscadas e de difícil constatação empírica, motivo pelo qual considera mais adequada a acima referida (ibid., p. 49).

originalmente não para distribuição de bens, mas para nomeação de novo chefe para o grupo familiar, não tendo o sentido patrimonial da atualidade¹⁸⁸.

Segundo Aurelio Barrio Gallardo, após a Lei das XII Tábuas¹⁸⁹, talvez por volta do início do Século III a.C., passa-se a admitir o testamento não somente para instituir herdeiro por quem não tinha descendência, mas também quando os filhos não eram considerados idôneos para assumir a chefia da família. Passou-se, então, a admitir a deserdação, mudança que haveria de ter, nas palavras do autor, uma transcendência espetacular¹⁹⁰. A deserdação não precisava ser motivada, podendo-se instituir herdeiro livremente, período no qual houve, por consequência, irrestrita liberdade testamentária, coincidindo, segundo esse autor, com o período expansionista republicano iniciado a partir do Século III a.C.¹⁹¹.

Havia somente exigências formais, sacramentais, para a deserdação, inclusive a de que o testador deveria contemplar no testamento os *sui heredes*, seja para instituí-los herdeiros, seja para deserdá-los. Omitido o filho, o testamento era nulo. A omissão da filha ou de descendente mais afastado fazia com que fossem acrescentados aos outros *sui* instituídos no testamento, e, caso nenhum deles tivesse sido instituído, o preterido recebia metade da herança¹⁹², hipótese excepcional de coexistência entre sucessão intestada e testamentária¹⁹³.

De acordo com Aurelio Barrio Gallardo, em evolução que foi se verificando paulatinamente a partir da Lei das XII Tábuas, com o surgimento das cidades, debilitada a família agnática, passa a predominar o poder do *pater familias*, nele se concentrando a titularidade da *res Mancipi*, tornando-se senhor absoluto dos bens, não mais como representante do grupo, mas em nome próprio¹⁹⁴, debilitando-se o direito dos descendentes de primeiro grau, passando de coproprietários dos bens familiares a titulares de mera

¹⁸⁸ Ibid., p. 48-54.

¹⁸⁹ Segundo esse autor, costuma-se tradicionalmente afirmar que a Lei das XII Tábuas teria sido editada em duas etapas, em 451 e 450 a.C., certo, de qualquer modo, ter origem no Século V a.C. Seu texto original se perdeu em torno de 390 a.C. por ocasião de saque a Roma, razão pela qual o acesso a seu teor é indireto, a partir das referências de juristas e literatos romanos de período posterior (ibid., p. 59).

¹⁹⁰ Ibid., p. 88.

¹⁹¹ Ibid., p. 58.

¹⁹² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 756-757. No exemplo de A. Santos Justo, se o testador havia instituído herdeiros três filhos e omitido a filha, ela era acrescentada aos irmãos e a cada um caberia um quarto da herança; se os instituídos eram estranhos, com omissão da filha, ela receberia metade da herança (JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 309).

¹⁹³ ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 756-757.

¹⁹⁴ GALLARDO, Aurelio Barrio, cit., 2012, p. 49-50.

expectativa de recebê-los em sucessão¹⁹⁵. Essa alteração se explica pela perda do fundamento político das relações familiares. O que antes eram funções sociais e poder de direção foi se transformando em poderes privativos do chefe familiar. As coisas da família foram se convertendo em coisas do *pater familias*, em evolução que se insere no contexto mais amplo da criação do conceito de propriedade privada, no qual a sucessão perde o caráter personalista anterior, assumindo feição patrimonial¹⁹⁶.

Sobre essa evolução, pela qual a sucessão vai adquirindo caráter patrimonial, Aurelio Barrio Gallardo explica não haver consenso sobre o momento a partir do qual se estabeleceu liberdade para dispor dos próprios bens. A divergência decorre em parte do alcance que se empresta a passagem da Lei das XII Tábuas, na Tábua V, 3, de 450 a.C., do seguinte teor: “*uti legassit sua rei, ita jus esto*”. Uma corrente reputa ter sido empregada a expressão legar com o significado de qualquer disposição por testamento, de modo que pelo menos desde o Século V a.C. já existiria possibilidade de disposição de todo o patrimônio por testamento. Outra corrente, à qual adere o autor, sustenta que havia nessa época distinção entre duas classes de bens, os familiares e os pessoais, aqueles talvez vinculados à exploração agrícola, afetos às necessidades do grupo, estes possivelmente restritos a bens móveis, de caráter pessoal¹⁹⁷; e a referida passagem seria permissiva de disposição desses bens pessoais exclusivamente, a título particular, por meio de legados¹⁹⁸. A possibilidade de dispor por testamento de todo o patrimônio, incluindo o que antes eram os bens familiares, já sob a titularidade do *pater familias*, teria se dado em momento posterior, por volta do Século III a.C.

Essa sequência cronológica teria refletido sobre as limitações que progressivamente foram sendo impostas à liberdade de testar, no que denominamos como sucessão necessária. Pois, sob a consideração, em fins da República, de que a outorga de legados, inclusive a pessoas estranhas à família, estava gerando situações de injustiça notória, primeiramente foram impostas limitações ao direito de legar. Foram sucessivas as leis,

¹⁹⁵ Ibid., 2012, p. 54-58.

¹⁹⁶ Confira-se: “Esta mutación vendría a enmarcarse, a mi juicio, dentro de un proceso de cambio más amplio – que supone el tránsito de la horda o de la tribu al sujeto aislado y a sus relaciones familiares, basadas en la cognación y no en la agnación – que reclama la creación del concepto ‘propiedad privada’. La sucesión perdió así su carácter personalista, típico de la fase anterior, para ‘patrimonializarse’ por completo dejando de emplearse para transmitir la soberanía doméstica y, con carácter accesorio, los bienes de las generaciones anteriores y centrarse fundamentalmente en la distribución o reparto de los bienes adquiriéndose y conceptuándose el poder no como un relevo en un cargo pseudopolítico, sino sobre la base de las relaciones económicas de cambio” (Ibid., p. 105)

¹⁹⁷ Ibid., p. 114.

¹⁹⁸ Ibid., p. 59-66.

culminando com a *Lex Falcidia*, de 40 a.C., unificando critérios, reduzindo a limitação do direito de legar que havia sido imposta por leis anteriores. Fixou-se a cota indisponível por legados em um quarto dos bens deixados pelo *de cuius*, a chamada *quarta falcidia*, antecipação do que viria a ser a legítima¹⁹⁹.

Em fins da República, passa-se a considerar inaceitável a preterição ou a deserdação de certos parentes próximos sem motivo ponderável, sob o princípio de que o testador lhes devia afeição (*officium pietatis*). Em consequência, por criação jurisprudencial, tornou-se possível questionamento do testamento por meio da *querela inofficiosi testamenti*²⁰⁰. Podiam propô-la os descendentes ou ascendentes que seriam os herdeiros se não houvesse testamento e, também, a partir de uma constituição imperial de Constantino, irmãos e irmãs consanguíneos do testador, estes se o herdeiro instituído fosse *persona turpis*, isto é, de má reputação²⁰¹. Dois eram os fundamentos possíveis a justificar a *querela*. Em primeiro lugar, aquele que havia sido contemplado no testamento podia reclamar não ter recebido o suficiente²⁰². A constatação da suficiência ou insuficiência, em um primeiro momento, se fazia pelo arbítrio judicial caso a caso²⁰³. Posteriormente, no período clássico, foi fixada a cota devida a esses herdeiros, ganhando o nome de *portio debita* ou *legitima*. Era fração estabelecida em um quarto do patrimônio líquido deixado pelo *de cuius*, por aplicação analógica da Lei Falcídia sobre os legados. Em segundo lugar, cabia a *querela* por herdeiro legítimo deserddado, alegando inexistência de justa causa para deserdação. O testador podia se precaver e indicar a justa causa no testamento. O deserddado, nesse caso, deveria provar a inverdade da causa que lhe havia sido imputada²⁰⁴.

¹⁹⁹ Essas leis, anteriores à *Lex Falcidia*, foram a *Lex Cincia de donis e muneribus* de 204 a.C.; depois a *Lex Furia* provavelmente do início do Século II a.C.; e a *Lex Voconia* (ibid., p. 113-123).

²⁰⁰ BEVILAQUA, Clóvis, 1938, cit., p. 292. Aurelio Barrio Gallardo explica que a história da *querella inofficiosi testamenti* é obscura e os dados relativos a sua origem são inseguros, mas é opinião geralmente aceita a de que teria surgido em fins da República, coincidindo, talvez com a *Lex Falcidia* de 40 a.C, certo ser jurisprudência que já gozava de certa tradição por volta de 50 d.C. (GALLARDO, Aurelio Barrio, op. cit., 2012, p. 123-126). Esse autor observa que a *querela* passou a ser admitida pelo Tribunal dos *Centumviri* (dos cem homens), composto por cidadãos comuns, ao qual cabia examinar controvérsias hereditárias dessa índole, na crença de que talvez fosse o mais adequado a examinar se as disposições econômicas em favor de parentes cognatícios eram razoáveis, equitativas, se adequadas ao sentir social (ibid., p. 128).

²⁰¹ ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 125 e 761. Como aponta Carlos Maximiliano, havia disposição similar, a permitir aos irmãos postular a herança caso o herdeiro testamentário fosse pessoa de maus costumes, nas Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 90, que vigoraram no Brasil até o Código Civil de 1916, incorporadas que foram à Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 2).

²⁰² ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 760

²⁰³ BEVILAQUA, Clóvis, 1938, cit., p. 292.

²⁰⁴ ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 761. Aurelio Barrio Gallardo apresenta interessante análise sobre o desenvolvimento das restrições à liberdade testamentária, afirmando que derivaram, em suas palavras, de uma cadeia de desconfianças sucessivas (GALLARDO, Aurelio Barrio, cit., 2012, p. 157). Em um primeiro

A procedência da *querela inofficiosi testamenti* acarretava rescisão do testamento como um todo, sob a consideração de que o testador que não contemplava seus parentes próximos agira como insano, abrindo-se a sucessão intestada, favorecendo-se inclusive os herdeiros legítimos que não haviam proposto a ação²⁰⁵. Fundamento diverso, mas que acarretava a mesma consequência de rescisão total do testamento, era o de que o testador havia cometido injúria contra esses sucessores ao não lhes conceder a porção devida²⁰⁶. Nessa etapa, do período clássico e pós-clássico do direito romano, portanto, não havia a concepção de legítima como porção indisponível, uma vez que, acolhida a *querela*, rescindia-se o testamento por inteiro, abrindo-se a sucessão intestada²⁰⁷.

A legítima romana era considerada *pars bonorum* e não *pars hereditatis*, isto é, recaía sobre parte dos bens do *de cuius* e não sobre parte da herança. A diferença é que, no primeiro caso, o titular da legítima, o legitimário, tem simplesmente direito a parte dos bens deixados, calculada em fração sobre o valor da herança, mas não é herdeiro propriamente, o que significa dissociação da figura do legitimário e de herdeiro, podendo,

momento, concedeu-se liberdade ao testador para deserdar imotivadamente, porque, enquanto Roma era pequena cidade, composta por pessoas que levavam vida austera, havia plena confiança no *pater familias*, no sentido de que no testamento não descuidaria de suas responsabilidades em prol daqueles submetidos a sua autoridade. Ao deserdar, havia como que uma presunção absoluta de que o havia feito com conhecimento de causa, tomando decisão justa (ibid., p. 159-161). Posteriormente, com o relaxamento dos costumes, proliferando-se deserdações injustificadas, surgindo desconfiância em relação ao testador, transferiu-se ao arbítrio de órgão judicial a análise da justiça das disposições testamentárias. Em momento subsequente, a desconfiância social se volta ao próprio julgador, em razão da ampla discricionariedade que lhe havia sido conferida, o que levou à criação de parâmetros legais fixos de proteção aos herdeiros injustamente preteridos ou deserdados (ibid., p. 158).

²⁰⁵ Cf. BEVILAQUA, Clóvis, 1938, cit., p. 292; ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 760-762.

²⁰⁶ Luigi Mengoni observa que as fontes romanas não são unívocas a respeito do fundamento para invocar a inoficiosidade do testamento. Alguns textos se referem à violação do *officium pietatis* como *iniura* praticada pelo testador contra os parentes próximos, conferindo à *querela* caráter de ação impugnativa do testamento. Outros atribuem à *querela* a natureza de *hereditatis petitio intestati*, coligada à nulidade do testamento inoficioso, com base na presunção ou ficção de que o testador que não contemplava os parentes mais próximos assim o fizera por insanidade. As duas proposições parecem contraditórias, pois a injúria aos parentes mais próximos pressupõe ato consciente, o que não se coaduna com insanidade. A doutrina diverge sobre a resposta a essa contradição. Uma corrente sustenta que as duas ações, com esses distintos fundamentos, coexistiram no período clássico. A ação com base na insânia era a empregada por aqueles que podiam demandar perante o tribunal centunviral. A ação fundamentada na *iniura* era admitida aos que não podiam agir perante esse tribunal (os herdeiros do direito pretoriano e os cidadãos romanos residentes nas províncias). Outra corrente discorda da coexistência, sugerindo ter havido evolução, de uma para a outra, da ação em que se reconhecia insânia para a ação impugnativa. Outra interpretação, ainda, é a de que a alegação de insanidade não constituía fundamento para a *querela*, mas mero expediente, após a declaração de inoficiosidade pelo tribunal centunviral, para tornar o testamento nulo retroativamente. Outro autor citado, Voci, entende que a alegação de insanidade era expediente retórico para atenuar a gravidade da acusação infamante à memória do testador. Mengoni pondera que essa não seria a única função da alegação de insânia, pois devia servir para justificar demanda de rescisão de testamento que se apresentava regular segundo o *ius civile* (MENGONI, Luigi, cit., p. 7-9).

²⁰⁷ MENGONI, Luigi, cit., p. 7.

por exemplo, renunciar à herança e persistir com direito à legítima²⁰⁸. Por ser *pars bonorum*, o *de cuius* podia satisfazer a legítima com atribuições de qualquer natureza, a título universal ou particular, e mesmo por meio de doações *inter vivos*²⁰⁹. Como explica Octavio Lo Prete, a finalidade da legítima romana era proteger os direitos decorrentes do vínculo de sangue, com abstração da qualidade de herdeiro²¹⁰. Desempenhava função marcadamente alimentar e assistencial, fundada na ideia moral do *officium pietatis* do testador em relação a seus familiares mais próximos²¹¹.

Posteriormente, a partir de determinação de Constâncio em 361 d.C., passou-se a não se admitir a *querela* se o testador tivesse deixado bens com a declaração de que, se não fossem suficientes, deveria ser integralizada a cota devida. Concedia-se ao prejudicado, nesse caso, direito não à rescisão do testamento, mas à complementação da cota, por meio da *actio ad supplendam legitimam*²¹². A partir do Século III d.C., por analogia surgem ações contra doações e dotes inoficiosos prejudiciais à cota hereditária, respectivamente a *querela inofficiosi donationis* e a *querela inofficiosi dotis*. Também ocorreram inovações pelas constituições imperiais de Justiniano, em 528 e 531 d.C., para que bens recebidos em vida fossem considerados para verificar a suficiência da *portio debita*. Além disso, foi definida a ação de suplementação como única via ao herdeiro que recebera porção insuficiente²¹³.

Justiniano voltou a inovar com as Novelas 18 e 115. Pela primeira, a *portio debita* foi elevada de um quarto para um terço se o *de cuius* tivesse até quatro filhos e para metade se cinco ou mais. Na Novela 115, os descendentes e ascendentes com direito à *portio debita* deveriam passar a ser necessariamente instituídos herdeiros. Se fossem preteridos, o testamento era rescindível e se abria sucessão intestada. Essa rescisão só se operava, no entanto, em relação à instituição de herdeiros testamentários, pois ficavam preservados, por exemplo, legados e manumissões. Se havia instituição, mas não na medida devida, cabia ação supletória. Outra inovação importante foi a de que a deserdação só caberia em

²⁰⁸ A distinção, basicamente, é a de que o herdeiro recebe parte ideal da herança, incluindo o ativo e o passivo, sucessão a título universal, ao passo que, tratando-se de *pars bonorum*, a aquisição se dá a título particular (cf. MONACHE, Stefano Delle, cit., p. 21-22).

²⁰⁹ MENGONI, Luigi, cit., p. 6.

²¹⁰ LO PRETE, Octavio, cit., p. 40.

²¹¹ Cf. TULLIO, Antonio. La Tutela dei Diritti dei Legittimari, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. *Milão: Giuffrè, 2009, p. 75.

²¹² ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 762.

²¹³ ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 762.

hipóteses taxativamente previstas²¹⁴.

Os pandectistas alemães distinguiam, no direito romano, sucessão necessária formal e material. A primeira correspondente à necessidade de o testador mencionar determinados herdeiros no testamento, para instituí-los ou deserdá-los. A segunda, relativa à necessidade de o testador instituir como herdeiros testamentários alguns herdeiros legítimos aos quais tocava determinada cota de bens, a *portio legitima* ou *portio debita*²¹⁵. Parte da doutrina afirma que, pela Novela 115, Justiniano teria promovido a fusão da sucessão necessária formal e material²¹⁶. Luigi Mengoni sustenta que, na verdade, ao contrário desse entendimento corrente, não houve essa fusão, ligando a legítima, de um lado, ao direito de suceder na qualidade de herdeiro, de outro. Segundo pondera, a Novela 115 dispôs sobre duas alternativas distintas e excludentes. De um lado, o direito à legítima quando a deixa testamentária era inferior à cota devida, cabendo direito de crédito ao prejudicado, em ação pessoal contra o herdeiro instituído, para obter a complementação, sem que o prejudicado se tornasse herdeiro desse complemento devido. De outro, se havia sido preterido ou deserdado injustamente, cabia impugnação do testamento e a consequência era abertura de sucessão intestada, com pretensão diversa e maior do que a que obteria com a simples complementação da legítima, hipótese na qual o prejudicado recebia como herdeiro legítimo. Observa esse jurista que só no direito moderno se produz a fusão entre a legítima e o direito do legitimário à qualidade de herdeiro²¹⁷.

Ainda conforme Luigi Mengoni, no direito atual a sucessão necessária é sucessão *ex lege* distinta da intestada, pois assegura direito à porção legítima e somente a ela. No direito romano, ao contrário, não é limitada à porção legítima, coincidindo com o conteúdo da sucessão intestada. A significar, na precisa observação desse jurista, que a sucessão necessária, no direito romano, era a mesma intestada, mas qualificada por uma causa especial, uma sucessão intestada que ele qualifica de *ex nomine inofficiosi constituta*, ou

²¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 762-763. Nesse sentido, BEVILAQUA, Clóvis, 1938, cit., p. 293. Octavio Lo Prete aponta que, dentre as hipóteses taxativas, havia algumas muito desiguais, como, de um lado, atentar contra a vida do pai e, de outro, o herdeiro haver se tornado feiticeiro, gladiador ou se se dedicasse ao teatro, salvo se o pai, nos dois últimos casos, também exercesse essas profissões (LO PRETE, Octavio, cit., p. 41).

²¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira, cit., p. 755. Luigi Mengoni entende não haver rigorosa base científica nessa distinção dos pandectistas alemães entre sucessão necessária formal e material, pois a instituição dos *sui* era requisito formal do testamento, cuja inobservância acarretava nulidade do ato, não havendo sentido falar em sucessão necessária frente a testamento nulo, juridicamente inexistente. Segundo esse autor, sucessão necessária é somente a que os pandectistas chamam de material, a pressupor testamento válido e eficaz, e a rescisão total ou parcial por ação impugnativa, a *querela* (MENGONI, Luigi, cit., p. 4).

²¹⁶ Essa afirmação, por exemplo, é feita por José Carlos Moreira Alves (op. cit., p. 763).

²¹⁷ MENGONI, Luigi, cit., p. 14-15.

seja, constituída em razão do reconhecimento de inoficiosidade²¹⁸. Os romanos nunca chegaram a conceber a legítima como cota reservada que pudesse conviver com parte disponível por testamento. O motivo é que, como regra geral, incidia a parêmia *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, ou seja, ninguém podia morrer em parte testado e em parte intestado²¹⁹. Por causa dessa regra é que o testamento válido pressupunha a instituição de herdeiro, ou seja, não podia se limitar à deixa de legados. Também por isso havia a regra de que o herdeiro testamentário era considerado instituído em todo o patrimônio ainda que o testador houvesse lhe destinado somente uma parte ideal ou determinados bens²²⁰.

7.1.2. A reserva hereditária.

Com a queda do Império Romano, sem organização estatal forte, reforça-se o grupo familiar com a finalidade de proteção de seus membros, o que redundou em concepção solidarista da família, expressa, no campo patrimonial, pela copropriedade familiar²²¹. No direito consuetudinário francês²²², surge o conceito de *réserve*, de reserva hereditária, vestígio da copropriedade familiar do antigo direito germânico, conservada pela sociedade feudal²²³. A reserva hereditária expressa o princípio pelo qual os bens do falecido transmitem-se automaticamente aos membros de sua família, vedadas disposições de última vontade²²⁴. Havia, efetivamente, a princípio, proibição total de testamento. Evitava-se a fragmentação do patrimônio, preservando-se a força do núcleo familiar, indispensável à sua sobrevivência nesse cenário de ausência de organização estatal forte.

Essa proibição começou a se atenuar com a afirmação do poder da Igreja Católica, permitindo-se, em um primeiro momento, disposição de última vontade somente à Igreja, em prol da alma do disponente. O testamento só comportava disposição a título particular, mantida a proibição de instituição de herdeiro ou de deserdação de descendentes, situação

²¹⁸ MENGONI, Luigi, cit., p. 5.

²¹⁹ MENGONI, Luigi, cit., p. 5.

²²⁰ TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 145.

²²¹ TULLIO, Antonio, cit., p. 376.

²²² Na França, nos territórios do sul, havia o direito escrito, que seguia o sistema romano. O direito consuetudinário se aplicava no norte e no oeste (cf. LO PRETE, Octavio, cit., p. 43).

²²³ MENGONI, Luigi, cit., p. 18. Conforme Rabindranath Capelo de Sousa, no direito germânico antigo, havia a *Hausgemeinschaft* ou comunhão doméstica, patrimônio familiar de mão comum, a todos pertencente indistintamente, sem cotas ideais que correspondessem individualmente a cada membro da família. Essa comunhão doméstica estava ligada ao *Wartrecht*, que era a expectativa juridicamente tutelada dos filhos à sucessão do pai, inexistindo testamento (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 107).

²²⁴ TULLIO, Antonio, cit., p. 377.

expressa na fórmula: “*Deus solus heredem facere potest, non homo*”²²⁵. Posteriormente, permitiu-se disposição em favor de qualquer pessoa²²⁶, mas somente a título particular, ou seja, na forma de legados, mantida a vedação de instituição de herdeiro por testamento. Só havia, assim, herdeiros legítimos, de sangue, do círculo familiar — os beneficiados por testamento recebiam a título particular, como legatários —, sistema que evidenciava a ideia fundamental do direito consuetudinário francês, de superioridade da sucessão intestada sobre a testamentária²²⁷.

A parte da herança que podia ser objeto de disposição de última vontade surge no Século VI, nas leis dos povos germânicos cristianizados, sob o nome de *portio sua*²²⁸. Como salienta Luigi Mengoni, após período obscuro, a respeito do qual há divergência doutrinária sobre a existência de maior ou menor liberdade testamentária, a ideia de *portio sua* ressurge na França, no Século XII, no direito consuetudinário, mas em cenário distinto. Havia, então, distinção dos bens em várias categorias, como se fossem patrimônios distintos da mesma pessoa, com regimes sucessórios próprios. Não se aplicava o princípio romano da unidade da sucessão. Essa diferenciação entre categorias de bens estava associada à ideia de linhagem, de manutenção dos bens ancestrais da família.

Distinguiam-se, de um lado, os bens imóveis próprios ou herdados (*propres* ou *héritages*) e, de outro, os imóveis adquiridos e os móveis de qualquer natureza. Os bens próprios eram os imóveis recebidos por herança ou doação de ascendentes ou outros parentes da linhagem, e que só podiam ser objeto de disposição testamentária em percentual fixo. Os bens adquiridos eram os que não provinham dos ancestrais e haviam sido obtidos pelo autor da herança por “*commercio, merito aut fortuna*”²²⁹. Estes e os móveis de qualquer natureza, herdados ou adquiridos, eram de livre disposição testamentária. A cota de disposição dos bens próprios, segundo os costumes de Paris, dos mais influentes e seguido em vários territórios franceses, era de um quinto, de modo que a reserva hereditária correspondia a quatro quintos desses bens. A reserva era indisponível por testamento, mas não por doação. Na parte ocidental da França, a reserva se estendia a legados e doações, mas a parte disponível era superior, de um terço dos bens próprios²³⁰. Para definição dos beneficiários, havia distinção entre as linhas paterna e materna, de

²²⁵ TULLIO, Antonio, cit., p. 377.

²²⁶ TULLIO, Antonio, cit., p. 377.

²²⁷ MENGONI, Luigi, cit., p. 20.

²²⁸ MENGONI, Luigi, cit., p. 20.

²²⁹ MENGONI, Luigi, cit., p. 22.

²³⁰ MENGONI, Luigi, cit., p. 21-24.

modo que, se os bens eram provenientes dos parentes do pai, devolviam-se a seus parentes, se dos parentes da mãe, aos parentes dela²³¹.

7.1.3. Distinção entre a legítima romana e a reserva hereditária. Sua fusão. A Revolução Francesa.

Na síntese de Luigi Mengoni, a legítima romana e a *réserve* se diferenciam por diversos aspectos. A legítima romana ou *portio debita* representou criação para refrear a absoluta liberdade de testar, com função alimentar, para assegurar a subsistência dos familiares próximos, com fundamento na ideia moral do *officium pietatis*, tendo por objeto todos os bens deixados, correspondendo a *pars bonorum*, beneficiando descendentes, ascendentes e irmãos do *de cujus*. A *réserve*, por sua vez, correspondia a fração da copropriedade familiar do direito germânico indisponível por testamento, com função de manutenção da posição social e política da família, com fundamento na ideia política de linhagem, tendo por objeto somente os chamados bens próprios, correspondendo a *pars hereditatis*, beneficiando todos os herdeiros da linha paterna ou materna²³².

A partir do Século XVI, as diferenças entre a legítima romana e a *réserve* se atenuam²³³. Houve reação contra os inconvenientes da *réserve*. Pois se referia somente aos bens próprios, que se esvaíam aos poucos, de geração em geração. Além disso, havia o fato de que, com o florescimento da atividade produtiva, ganhavam importância os bens adquiridos com o produto do trabalho, em relação aos quais não havia reserva hereditária. E, ainda, o fato de que a reserva podia ser esvaziada por doações²³⁴.

Com o renascimento do direito romano, introduz-se no direito consuetudinário a ideia romana de dever moral de assegurar a subsistência dos parentes próximos, o que resulta em sistema que se poderia dizer híbrido. Havia a *réserve*, que por exemplo era de quatro quintos em Paris e em outros territórios, e, também, a *légitime de droit*, uma porção individual fixa correspondente ao valor de metade de todos os bens hereditários, incluindo bens imóveis próprios ou adquiridos, móveis de toda natureza e inclusive bens que haviam sido objeto de doações. Embora calculada sobre todos os bens, inclusive os doados, a *légitime* só recaía, uma vez apurado seu valor, sobre os móveis e bens imóveis adquiridos,

²³¹ LO PRETE, Octavio, cit., p. 42.

²³² MENGONI, Luigi, cit., p. 25-26.

²³³ TULLIO, Antonio, cit., p. 379.

²³⁴ MENGONI, Luigi, cit., p. 27-28.

não sobre os bens próprios. Essa legítima tinha uma função subsidiária, pois só se aplicava se seu valor suplantasse o que seria devido pela reserva, ou seja, tomando o exemplo de Paris, se a metade de todos os bens mais as doações suplantasse os quatro quintos dos bens próprios. Essa legítima era *pars hereditatis* e não, como no direito romano, *pars bonorum*. A *action en rétranchement*, antecedente da ação de redução, resultava no desfazimento da transmissão a legatários e donatários²³⁵.

Somente com a Revolução Francesa, no Código Napoleônico, é que reserva e legítima se fundem em um só instituto, consistente em cota indisponível por testamento reservada a herdeiros necessários²³⁶. No projeto desse Código, ao instituto resultante dessa fusão foi atribuído o nome de *légitime*, na redação definitiva alterado para *réserve*, mas, como salienta Luigi Mengoni, não era nem a legítima, nem a reserva do sistema anterior, mas instituto novo, com adaptação da estrutura da reserva aos fins da legítima, ou seja, *pars hereditatis*, com finalidade de assegurar a subsistência de familiares mais próximos e não os privilégios da linhagem, abolindo a diferenciação entre bens próprios e adquiridos, restabelecendo a unidade da sucessão romana, incluindo os bens doados²³⁷.

Como observa Antonio Tullio, pode parecer contraditório à primeira vista que o Código fruto da Revolução Francesa tenha mantido a reserva, instituto tipicamente feudal para manutenção de privilégios da nobreza. A contradição é só aparente, pois o Código Napoleônico atendia aos interesses da família burguesa do início do Século XIX, de rígida estrutura patriarcal, à qual convinha evitar a fragmentação da riqueza, mantendo a unidade da empresa e do capital no seio da família, objetivos que eram atendidos pela reserva nos moldes estabelecidos pelo código²³⁸.

O sistema do direito das sucessões entre nós reflete essa evolução histórica, no que Antônio Junqueira de Azevedo denominou de espírito de compromisso entre exigências individualistas de autonomia da vontade e supraindividualistas de proteção da família²³⁹. Partiu-se, no direito romano, da irrestrita liberdade testamentária para sua mitigação pela proteção conferida aos parentes próximos, de natureza alimentar e assistencial, representada pela *portio debita* ou *portio legitima*. No direito consuetudinário francês e germânico, como visto, o caminho foi inverso, de sucessão necessária, representada pela

²³⁵ MENGONI, Luigi, cit., p. 28-29.

²³⁶ MENGONI, Luigi, cit., p. 28-32

²³⁷ MENGONI, Luigi, cit., p.

²³⁸ TULLIO, Antonio, cit., p. 379.

²³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, cit., p. 336-344.

reserva, como a única admitida²⁴⁰ e que passou a ser temperada com limitada e pequena autonomia testamentária. Os dois sistemas se entrelaçaram, fundindo-se, com influências recíprocas, chegando-se, então, ao sistema que se reflete atualmente, de modo geral, nos países de tradição romano-germânica.

7.2. Antecedentes no direito luso brasileiro e o regime original do Código Civil de 1916.

7.2.1. Antecedentes no direito luso-brasileiro. Ordenações Filipinas.

Conforme Clovis Bevilacqua²⁴¹, por influência do direito germânico os mais antigos documentos do direito hispano-romano contemplavam reserva em favor de herdeiros necessários, pelo menos desde o Código Visigótico.

Segundo José João Gonçalves de Proença, com a tomada da Península Ibérica pelos visigodos no Século V d.C., houve período de dualidade de sistemas jurídicos, um aplicável aos romanos, outro aos visigodos, operando-se a unificação somente em meados do Século VII pelo Código Visigótico, de 654 d.C. Quando da independência de Portugal, vigia esse Código, com reserva de quatro quintos em favor dos descendentes. A partir do Século XI, com o renascimento do direito consuetudinário, sem poder central organizado, ocorrem variações locais, com parte disponível de um oitavo, metade e até três quartos. A reunificação se deu pelas Ordenações Afonsinas, fixando-se a cota disponível na terça parte²⁴².

Nas Ordenações que se seguiram, Manuelinas e Filipinas, foi mantida a terça disponível. Nas três Ordenações, descendentes e ascendentes eram os beneficiários da reserva de dois terços²⁴³. Havia a possibilidade de o irmão do autor da herança postular, em seu proveito, a deixa testamentária que instituísse herdeiro pessoa vil e de maus costumes²⁴⁴.

²⁴⁰ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 151.

²⁴¹ BEVILAQUA, Clóvis, 1938, cit., p. 293.

²⁴² PROENÇA, José João Gonçalves de. *Natureza Jurídica da Legítima*, reedição. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010, p. 13-14, 36 e 45.

²⁴³ Ordenações Afonsinas, Livro 4, Título 97; Ordenações Manuelinas, Livro 4, Título 70; e Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 82.

²⁴⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. vol. III, 1964, cit., p. 2. Cf., ainda, Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 90. Segundo Clóvis Bevilacqua: “Se o instituído era pessoa torpe ou de maus costumes como o taul e o bebado, exemplificava a Ord., podia o irmão preterido propôr a querella de *testamento inofficioso*; e, provada a

Lei portuguesa, de 09 de setembro de 1769, vinculou a terça disponível, obrigatoriamente, a deixar em favor dos filhos, favorecendo-se um ou alguns deles, inovação que Rabindranath Capelo de Sousa qualifica de “tentativa iluminista” de restrição da liberdade testamentária²⁴⁵. Essa disposição foi suspensa por decreto de 17 de junho de 1778, restaurando-se o sistema de plena liberdade testamentária nos limites da terça disponível.

As Ordenações Filipinas, publicadas por alvará de 11 de janeiro de 1603, permaneceram em vigor no Brasil após a independência em 1822, por força de lei de 23 de outubro de 1823²⁴⁶.

7.2.2. Lei Feliciano Penna.

Sobreveio alteração no regime da sucessão necessária pelo Decreto 1.839, de 31 de dezembro de 1907, conhecido como Lei Feliciano Penna, cujo art. 2º aumentou a parte disponível para metade, resguardada a outra metade, a legítima, a descendentes e ascendentes. Pelo art. 3º desse decreto, o testador passou a poder determinar conversão dos bens da legítima em de outras espécies; prescrever incomunicabilidade, atribuindo à mulher herdeira a livre administração; e estabelecer condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia²⁴⁷.

7.2.3. Tramitação do projeto do Código Civil de 1916.

O projeto original do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Bevilacqua em 1899, apresentado ao Congresso em 1900, previa a manutenção da legítima na mesma proporção das Ordenações, em dois terços²⁴⁸. No trâmite legislativo, emenda aprovada no Senado, depois derrubada na Câmara, propunha excluir a proteção de herdeiros necessários, implantando sistema de total e irrestrita liberdade testamentária²⁴⁹. Prevaleceu

torpeza do instituído, com audiência deste, era annullada a instituição, herdando o irmão *ab intestato*. Mas subsistiam os legados, que coubessem na terça”. Em nota, Clóvis salientava que, por tautologia, a lei se referia ao jogador de profissão (BEVILAQUA, Clóvis, 1938, cit., p. 300).

²⁴⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 153.

²⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. I, 2007, p. 81.

²⁴⁷ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 342-343; e OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. 1, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 135-136.

²⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., vol. I, 1964, cit., p. 343.

²⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, cit., p. 190.

emenda do Relator Alfredo Pinto, elevando a porção disponível de um terço do projeto original para metade²⁵⁰. O projeto de Clóvis Bevilacqua previa inclusão do cônjuge sobrevivente dentre os herdeiros necessários²⁵¹, concorrendo com ascendentes²⁵², proposição não aprovada.

Promulgado o Código Civil, resolução parlamentar consolidou a previsão do referido art. 3º da Lei Feliciano Penna, permitindo-se ao testador, no art. 1.723, determinar a conversão dos bens da legítima em de outras espécies, prescrever-lhes incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira²⁵³, e estabelecer inalienabilidade temporária ou vitalícia.

7.2.4. Herdeiros necessários no Código Civil de 1916.

O Código de 1916 elegeu herdeiros necessários os descendentes e ascendentes. Dispunha o art. 1.721: “O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723)”.

Na definição dos herdeiros necessários concretamente chamados a suceder, com direito à legítima, aplicavam-se as mesmas regras da sucessão intestada, o que significa que os descendentes eram chamados em primeiro lugar, excluindo os ascendentes. Dentre os descendentes, os de grau mais próximo excluía os mais remotos, salvo direito de representação.

Pelo direito de representação, são chamados por estirpe, não por cabeça, os descendentes de herdeiro pré-morto. Exemplo é o do *de cujus* com três filhos, um deles pré-morto que, por sua vez, deixara dois filhos, netos do autor da herança. Nessa hipótese a herança é partilhada em três partes, cada um dos filhos com direito a uma delas, herdando

²⁵⁰ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., vol. I, 1964, cit., p. 343.

²⁵¹ Cf. VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

²⁵² Cf. ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, 2. ed. São Paulo, 1936, p. 43, *apud* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Alguns Aspectos Atuais do Usufruto Vidual no Direito Brasileiro, In: *Revista Forense*, vol. 345, jan/mar/1999. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

²⁵³ A mulher casada, na redação original do Código de 1916, e até o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, era considerada relativamente incapaz (art. 6º, II) e ao marido competia a administração dos bens comuns e dos particulares dela (art. 233, II). Essas limitações é que explicam a faculdade conferida ao testador de confiar os bens objeto de disposição de última vontade à livre administração da mulher herdeira, providência necessária para assegurar, efetivamente, a incomunicabilidade dos bens herdados em face de seu marido.

por cabeça, e a terceira parte a ser repartida entre os netos, que herdaram por estirpe, recebendo o que seu pai herdaria se vivo estivesse.

Não havendo descendentes e chamados os ascendentes, o grau mais próximo também excluía o mais remoto, sem distinção de linhas, paterna ou materna. Havendo, por exemplo, mãe viva e pai pré-morto, a mãe receberia toda a herança, nada cabendo aos avós paternos.

Distinção de linhas só haveria na igualdade de grau e diversidade de linhas, como no caso de avó paterna e avós maternos, aquela recebendo metade da herança, estes repartindo a outra metade. Não havia limite de graus de chamamento, tanto para descendentes como para ascendentes.

Todas essas regras, de preferência de classes e graus dentro de cada classe de sucessores, foram mantidas no Código Civil de 2002.

Para exclusão de herdeiros não necessários, que eram o cônjuge e os colaterais até o quarto grau, bastava disposição testamentária de todo o patrimônio sem os contemplar.

7.2.5. O cônjuge na redação primitiva do Código Civil de 1916.

A proteção sucessória do cônjuge sobrevivente foi sofrendo progressiva ampliação na evolução da legislação brasileira.

Nas Ordenações Filipinas, na sucessão legítima, figurava na quarta posição da ordem da vocação hereditária, atrás dos colaterais até o 10º grau, previsão inalterada na Consolidação das Leis Cíveis de 1858, concluída por Teixeira de Freitas, pela imposição de que mantivesse fidelidade ao direito anterior²⁵⁴. O cônjuge era chamado a suceder se, ao tempo da morte do outro, vivia em sua companhia, habitando a mesma casa, o que significava exclusão da sucessão com base em mera separação de fato. Como aponta Zeno Veloso²⁵⁵, havia corrente doutrinária a defender que, mesmo separado judicialmente, o ex-cônjuge permanecia com direito sucessório se não tinha dado causa à separação, orientação essa criticada por Clóvis Bevilacqua, a quem parecia clara a disposição legal de excluir tal direito em face da simples separação de fato, sem nenhuma ressalva²⁵⁶.

A Lei Feliciano Penna, Decreto 1.839/1907, elevou o cônjuge à terceira posição da

²⁵⁴ Cf. VELOSO, Zeno, cit., 2010, p.17.

²⁵⁵ VELOSO, Zeno, cit., 2010, p. 128.

²⁵⁶ BEVILAQUA, Clóvis. 1938, cit., p. 153. No mesmo sentido: MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 169.

ordem da vocação hereditária, passando à frente dos colaterais²⁵⁷. O Código Civil de 1916 adotou a mesma orientação, mantendo o cônjuge na terceira posição, atrás de descendentes e ascendentes, à frente dos colaterais, recebendo a totalidade da herança à falta de descendentes e ascendentes, não importando o regime de bens do casamento²⁵⁸. Essa a sua situação no âmbito da sucessão legítima, intestada.

Quanto à sucessão necessária, como visto, a proposição originária de Clóvis, de incluir o cônjuge dentre os herdeiros necessários, concorrendo com ascendentes, foi derrotada²⁵⁹.

Segundo Carlos Maximiliano, o projeto contemplava o cônjuge com concorrência com descendentes e ascendentes, recebendo cota igual à deles, se casado por separação de bens. Na comissão de juristas incumbida de rever o projeto, diante da controvérsia a respeito, houve proposta conciliatória, concedendo à viúva usufruto do patrimônio do casal, enquanto durasse a viuvez, de um quarto se existissem descendentes e de metade se irmãos e sobrinhos disputassem a herança. Mas nem isso foi aceito, por enérgica oposição de Andrade Figueira, caindo as proposições, seja de concorrência do cônjuge em propriedade plena, seja em usufruto²⁶⁰. Derrotadas na época, essas proposições vieram a se tornar direito posto décadas depois, a concorrência em usufruto a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, ao incluir o § 1º ao art. 1.611 do Código Civil de 1916), a concorrência em propriedade plena pelo Código Civil de 2002, no art. 1.829, incs. I e II.

Dos embates então travados, o cônjuge resultou, na configuração originária do Código de 1916, não importando o regime de bens do casamento, como herdeiro legítimo não necessário. Nada herdaria na presença de descendentes e ascendentes. À falta deles, na terceira posição da ordem da vocação hereditária, era herdeiro legítimo facultativo. Poderia ser excluído da sucessão pelo testador, bastando a este dispor de todo o seu patrimônio sem o contemplar, como expressamente previa o art. 1.725.

²⁵⁷ Conforme relato de Zeno Veloso, a Lei Feliciano Penna reduziu a vocação dos colaterais do 10º para o 6º grau, o que foi mantido na redação original do art. 1.612 do Código Civil de 1916. Esse artigo foi alterado pelo Decreto-lei 1.907, de 26 de dezembro de 1939, limitando a vocação dos colaterais ao 2º grau, depois elevada ao 3º grau pelo Decreto-lei 8.207, de 22 de novembro de 1945, até que finalmente o Decreto-lei 9.641, de 15 de julho de 1945, fixou-a no 4º grau, o que foi preservado no Código Civil de 2002 (op. cit., 2010, p. 19).

²⁵⁸ Como observa Carlos Maximiliano: “Como prerrogativa hereditária só provém da qualidade de cônjuge, pouco importa que este seja pobre ou rico, dotado ou não, casado com separação ou comunhão de bens: caíram, no Congresso, tôdas as emendas restritivas” (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 170).

²⁵⁹ Cf. RODRIGUES, Silvio, cit., vol. 7, 2002, p. 123-124.

²⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 170-171.

A depender do regime de bens do casamento, o cônjuge poderia ter direito à meação sobre todos ou alguns dos bens deixados pelo *de cujus*, mas o direito à meação é próprio do viúvo, decorrente da comunhão instaurada com o casamento, não constituindo hipótese de sucessão *causa mortis*.

Como observava Caio Mário da Silva Pereira, herança e meação são institutos inconfundíveis. A herança resulta do direito das sucessões, advém da transmissão *causa mortis*. A meação é instituto do direito de família, direito preexistente à abertura da sucessão, derivada do regime de bens, verificada em relação aos bens que se comunicaram entre os cônjuges ao tempo do casamento. A morte de um deles simplesmente faz encerrar o estado de comunhão, impondo a discriminação daqueles sobre os quais recai a meação do sobrevivente²⁶¹.

Pela disciplina originária do Código de 1916, nas hipóteses em que não havia comunhão e, portanto, não havia meação, e se houvesse somente bens particulares do *de cujus*, o cônjuge sobrevivente, de um instante para o outro, no momento da abertura da sucessão, poderia ser relegado a situação de completo desamparo patrimonial.

Na prática, essa possibilidade era remota, pois na maioria das vezes o cônjuge sobrevivente era meeiro²⁶².

Em primeiro lugar, porque a maioria dos casamentos se realizava sem pacto antenupcial, optando os cônjuges pelo regime legal supletivo, que na época era o da comunhão universal de bens na redação originária do art. 258 *caput*. Por esse regime, salvo nas situações excepcionais do art. 263, o cônjuge era meeiro em todos os bens. Com direito próprio, preexistente, à metade de todos os bens, não ficaria desamparado na abertura da sucessão.

Em segundo lugar, o Código de 1916 previa em seu art. 259²⁶³ que, nos casos em que não fosse adotado o regime legal então vigente, de comunhão universal, prevaleceria, no silêncio do contrato, ou seja, do pacto antenupcial, a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Em comentário a esse artigo, Clóvis Bevilacqua observava que não constava do projeto primitivo ou no revisto, resultando de emenda apresentada em 1901 por Anísio de Abreu, e que parecia desarmônico ao exigir de nubentes que escolhiam regime de separação total de bens a reafirmação dessa vontade claramente, sob pena de

²⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 133-134.

²⁶² CF. VELOSO, Zeno, cit., 2010, p. 18.

²⁶³ “Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

comunhão dos aquestos²⁶⁴. De fato, a norma produzia resultado esdrúxulo no caso de regime de separação absoluta, convencional, ao criar, segundo Sílvio Rodrigues, “... um alçapão posto na lei para ludibriar a boa-fé dos nubentes e conduzi-los a um regime de bens não desejado...”²⁶⁵, pois, se além da escolha desse regime, não constasse acréscimo, repetição, no pacto antenupcial, de que não haveria comunhão de aquestos, a consequência prática seria essa comunhão indesejada por eles, tornando o regime de separação equivalente ao de comunhão parcial de bens. Para que fosse regime de efetiva separação, era preciso, no pacto antenupcial, para evitar o “silêncio do contrato”, reiterar expressamente que não haveria comunhão de aquestos²⁶⁶. Somente no caso de efetiva separação de bens, com reafirmação no pacto, ou se, em outros regimes, não houvesse meação, havia a possibilidade, eventualmente, de o sobrevivente ficar em situação patrimonial bem inferior à que desfrutava durante o casamento ou até mesmo de penúria²⁶⁷.

Em terceiro lugar, nos casos de separação obrigatória, impositiva nas hipóteses do § único do art. 258 do Código de 1916, a jurisprudência, consolidada na Súmula 377 do STF²⁶⁸, assentou que, apesar do nome conferido ao regime, havia comunhão de aquestos. O referido art. 259 fazia menção a “silêncio do contrato”, pressupondo pacto antenupcial. Na separação obrigatória, regime imposto pela lei, sem dar margem à autonomia da vontade dos nubentes, não há pacto. Em tese, portanto, em interpretação literal e isolada, o art. 259 seria inaplicável à separação obrigatória. Prevaleceu, no entanto, a interpretação jurisprudencial de estender, por analogia e equidade, a incidência do art. 259 à separação obrigatória. Em razão da súmula, a separação obrigatória tinha, na verdade, a mesma

²⁶⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, vol. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1928, p. 169.

²⁶⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*, vol. 6, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 186.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 185-186.

²⁶⁷ Recorde-se que o Código Civil de 2002 não reproduziu norma similar à do art. 259 do Código de 1916, motivo pelo qual, ainda que silencie o pacto antenupcial, não há mais possibilidade de comunicação de aquestos no regime de separação convencional. Os cônjuges têm patrimônios distintos, que administram e do qual dispõem com independência. Se eventualmente um deles contribui para a aquisição ou para a melhoria ou reforma de bem registrado exclusivamente em nome do outro, o prejudicado, fazendo prova do fato, poderá reclamar participação no bem a título de reparação por enriquecimento sem causa, postulação fundamentada no direito obrigacional, não no regime de bens do casamento. Podem os cônjuges, casados sob esse regime, ainda, adquirir bem em condomínio, regido nesse caso pelas regras do condomínio comum voluntário, não pelas disposições sobre comunhão de bens do casamento. Nesse sentido, em linhas gerais, confirmam-se: DIAS, Maria Berenice, cit., p. 228; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 264-267; LÔBO, Paulo Luis Netto, In: AZEVEDO, Álvaro Villaza (Coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2003, p. 340-343; e CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1912.

²⁶⁸ Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

configuração do regime de comunhão parcial de bens. Em consequência, se houvesse descendentes ou ascendentes, ou se o cônjuge fosse excluído de testamento abrangente de todo patrimônio, tinha pelo menos a perspectiva de meação nos aquestos²⁶⁹.

Em suma, pela redação originária do Código de 1916, o cônjuge poderia ter resguardo patrimonial decorrente de meação, do direito de família. No âmbito do direito das sucessões, poderia vir a ser favorecido na sucessão legítima intestada, como herdeiro facultativo, na terceira posição da ordem da vocação hereditária, se não houvesse descendentes ou ascendentes, e se não houvesse disposição testamentária abrangente de todo o patrimônio sem o contemplar. Não havia na lei brasileira à época nenhuma proteção sucessória necessária do cônjuge sobrevivente.

7.3. Evolução até o Estatuto da Mulher Casada.

7.3.1. Proteção sucessória necessária do cônjuge por aplicação de lei estrangeira.

Primeira possibilidade de sucessão necessária do cônjuge no direito brasileiro, restrita a situação excepcional, passou a existir a partir da Constituição de 1934, pela qual, na sucessão de bens de estrangeiros existentes no Brasil, seria aplicável a lei estrangeira a

²⁶⁹ Há divergência doutrinária sobre a subsistência da Súmula 377 a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Silvio Rodrigues, por exemplo, argumenta que o referido art. 259, que deu origem e era o fundamento da súmula, não tem similar no Código de 2002, razão suficiente a tornar inválida a orientação sumulada (RODRIGUES, Silvio. *Curso de Direito Civil: direito de família*, vol. 6, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190). Parece melhor, no entanto, a tese pela sua manutenção. Embora realmente não haja no Código atual norma similar ao art. 259 do Código de 1916, a comunicação de aquestos se justifica porque o regime de separação obrigatória visa a impedir casamento em que um dos cônjuges pode estar movido por interesse de se aproveitar do patrimônio daquele que, por ocasião do casamento, se encontra em estado de vulnerabilidade, como o que não atingiu idade núbil, ou é maior de 70 anos de idade (a Lei 12.344/2010 alterou o inc. II do art. 1.641 do Código Civil, elevando de 60 para 70 anos a idade a partir da qual é obrigatória a separação). A presunção de intento de tirar proveito do cônjuge em situação vulnerável não se aplica, em princípio, aos aquestos. Parece mais correto considerá-los adquiridos com presunção absoluta de esforço comum do casal, evitando-se excessiva extensão da regra restritiva de direitos do art. 1.641. Além disso, tal posição evita a incongruência de se negar comunhão de aquestos nessa hipótese, ou só permiti-la se comprovada comunhão de esforços para adquiri-los, enquanto na união estável, salvo contrato escrito em contrário, há presunção absoluta de esforço comum, com comunhão de aquestos, com aplicação das regras da comunhão parcial, como dispõe o art. 1.725 do Código Civil. Nesse sentido, RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 660-664; MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 605-606; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, cit., p. 1842; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 231-233; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon, cit., pp. 221-223; LÔBO, Paulo Luis Netto, cit., p. 243.

cônjuge brasileiro e dos seus filhos, se mais favorável do que a lei brasileira²⁷⁰. A mesma previsão consta do § 1º do art. 10 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, denominação que a Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, deu à então chamada Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942²⁷¹. Nessa situação específica, se a lei estrangeira considerasse o cônjuge herdeiro necessário, seria a aplicável, porque mais benéfica do que o Código de 1916, no qual não havia igual proteção.

7.3.2. A Lei de Proteção à Família.

Outra hipótese particular em que o cônjuge passou a contar com sucessão necessária, e desta feita por aplicação direta da legislação brasileira, em caráter pioneiro, foi a do Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941, conhecido como Lei de Proteção à Família. Seu art. 17 conferia à brasileira casada com estrangeiro, sob regime diverso da comunhão universal, usufruto vitalício da quarta parte dos bens deixados pelo marido se houvesse filhos brasileiros do casal, e de metade se não houvesse. A redação do artigo foi alterada pelo Decreto-lei 5.187, de 13 de janeiro de 1943, para constar que o direito nele previsto seria aplicável se houvesse filhos brasileiros do casal, como na redação original, ou mesmo filhos brasileiros exclusivos do marido estrangeiro²⁷².

Pela redação literal, o cônjuge brasileiro tinha direito a usufruto de um quarto na concorrência com filhos brasileiros. Se concorresse com filhos estrangeiros ou com

²⁷⁰ Dispunha o art. 134 da Constituição de 1934: “A vocação para suceder em bens de estrangeiros existente no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do *de cuius*”. Essa previsão foi mantida nas Constituições subsequentes, de 1937, 1946, 1967, na Emenda nº 1 de 1969 e no art. 5º, XXXI, da Constituição Federal de 1988 (cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 52). Em comentário esse inciso XXXI do art. 5º, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta, com razão, que o *caput* do art. 5º da Constituição estabelece igualdade de direitos para o brasileiro e o estrangeiro domiciliado no País, motivo pelo qual a lei estrangeira mais favorável deve ser aplicada inclusive aos filhos estrangeiros domiciliados no Brasil (ibid., p. 52).

²⁷¹ Decreto-lei 4.657, art. 10, § 1º: “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*” (redação dada pela Lei nº 9.047, de 18 de maio de 1995). A originária Lei de Introdução ao Código Civil, aprovada conjuntamente com o Código Civil, pela Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, em seu art. 14, dispunha reger-se a sucessão pela lei nacional do estrangeiro falecido, mas, se tivesse deixado cônjuge ou filhos brasileiros, seria aplicável a lei brasileira. Não havia a ressalva da aplicação da lei estrangeira, se lhes fosse mais favorável.

²⁷² Ana Luíza Maia Nevares observa com razão que, por incidência do princípio da igualdade, essa norma devia ser aplicada também em favor do brasileiro casado com estrangeira (NEVARES, Ana Luíza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89).

ascendentes, pela redação literal o usufruto seria de metade. Essa diferenciação entre os filhos, em razão da nacionalidade, parecia, no entanto, carecer de razão jurídica razoável e, em consequência, era de ser tida por inconstitucional, por afronta ao art. 227, § 6º, da Constituição, pelo qual proibidas discriminações arbitrárias entre filhos. Além disso, o art. 5º *caput* da Constituição proíbe discriminação entre brasileiro e estrangeiro residente no País, de modo que o filho estrangeiro residente no Brasil não poderia receber tratamento sucessório mais gravoso do que o brasileiro. Em razão dessa inconstitucionalidade, concorrendo com filho estrangeiro, o usufruto do cônjuge também deveria ser de um quarto. Na terceira posição da ordem da vocação hereditária, o cônjuge recolhia toda a herança, em propriedade plena²⁷³. Esse art. 17 do Decreto-lei 3.200 deveria ser conjugado, naturalmente, com o mencionado § 1º do art. 10 da Lei de Introdução, isto é, somente se aplicava o usufruto vitalício se a lei nacional do *de cuius* estrangeiro não fosse ainda mais favorável ao cônjuge brasileiro.

O art. 17, ao dispor sem ressalvas que “caberá” ao cônjuge o usufruto viual vitalício, instituiu hipótese de sucessão necessária do cônjuge no direito brasileiro, pois seria contrassenso, em razão do caráter protetivo e imperativo da norma, permitir pudesse ser afastada pela vontade do testador.

Essa norma sobreviveu ao Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962), pois, como salienta Ana Luiza Maia Nevares, o usufruto viual do Decreto-lei 3.200 era mais favorável do que o do Estatuto, uma vez que neste era temporário, perdurando somente enquanto subsistisse a viuvez, e naquele era vitalício. Diante disso, e pelo fato de que a norma do decreto era especial, porque regia situação específica, o art. 17 permaneceu em vigor, a despeito da previsão de cunho geral da Lei 4.121²⁷⁴.

O usufruto do Decreto-lei 3.200 parece, no entanto, incompatível com o regime sucessório instituído pelo Código Civil de 2002, pois este promoveu evolução na situação sucessória do cônjuge, quando em concorrência com descendentes e ascendentes nas duas primeiras posições da ordem da vocação hereditária, passando a concorrer em propriedade plena e não mais em usufruto. A concorrência em propriedade plena é mais benéfica do que em usufruto, de modo que o novo regime jurídico geral suplantou em termos de proteção a norma especial, perdendo esta sua função.

Seria possível objetar que o usufruto do Decreto-lei 3.200 ainda poderia ser

²⁷³ Nesse sentido: BARREIRA, Dolor. *Sucessão Legítima*, 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 157-158.

²⁷⁴ Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 88.

aplicado em caráter residual naquelas hipóteses nas quais o Código de 2002 não admite concorrência do cônjuge com descendentes. É o caso do cônjuge casado por separação obrigatória de bens²⁷⁵, ou, ainda, segundo interpretação ao menos por ora prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, do casado por separação convencional de bens²⁷⁶. Parece, no entanto, não ser possível aplicação residual do usufruto do Decreto-lei 3.200 nessas hipóteses, porque o motivo pelo qual se explica a vedação de concorrência do cônjuge casado pela separação obrigatória com descendentes é o de que o legislador teria procurador evitar que a comunhão vedada pelo regime de bens impositivo possa se verificar por meio da sucessão hereditária. Em relação à separação convencional, a Ministra relatora no referido precedente do STJ argumenta que a vontade dos nubentes refletida na escolha do regime de bens do casamento deve projetar efeitos no direito sucessório, de modo que, se escolheram que não haveria comunicação de bens durante o casamento, não deve ocorrer igualmente na sucessão. Sendo esses os fundamentos para vedar a concorrência em propriedade plena, parecem também aplicáveis para impedir a concorrência em usufruto²⁷⁷. Em suma, entende-se ter havido revogação tácita do art. 17 do Decreto-lei 3.200 pelo Código Civil de 2002.

7.3.3. A Lei de Reconhecimento de Filhos Ilegítimos.

A Lei 883, de 21 de outubro de 1949, ao tratar do reconhecimento de filhos ilegítimos, promoveu nova ampliação da proteção sucessória do cônjuge, dispondo em seu art. 3º que, na falta de testamento, o cônjuge casado por regime de separação de bens teria direito à metade da herança se concorresse à sucessão exclusivamente com filho ilegítimo reconhecido na forma dessa lei. Era situação de difícil ocorrência, de separação de bens, por casal sem filhos legítimos, havendo somente ilegítimos do autor da herança, sem que houvesse testamento. Cuidou-se, de qualquer modo, de hipótese pioneira no direito brasileiro de concorrência sucessória em propriedade plena entre herdeiros de classes distintas, cônjuge e filho, muito anterior às disposições do art. 1.829, I e II, do Código de

²⁷⁵ Cf. o item 13.1 infra, para análise mais aprofundada dessa hipótese de não concorrência do cônjuge com descendentes.

²⁷⁶ Cf. o item 13.2 infra, para análise minuciosa desse julgado do STJ.

²⁷⁷ Como salienta Caio Mário da Silva Pereira, em regra uma lei geral posterior não revoga a especial anterior, mas não se trata de regra inflexível: “Ao intérprete cumpre verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. I, 2007, p. 129).

2002, que consagraram, respectivamente, a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, a depender do regime de bens do casamento, e sempre entre cônjuge e ascendentes. O objetivo da lei era evitar que o cônjuge fosse alijado da sucessão, com risco de ficar em situação de dificuldade, pela transmissão da herança na integralidade a filho adulterino²⁷⁸. Ao dispor que a concorrência com filhos ilegítimos só se conferia ao cônjuge à falta de testamento, a norma permitia ao *de cujus* excluir esse direito, bastando que elaborasse testamento. Não se tratava, portanto, de hipótese de sucessão necessária.

A lacônica redação legal, no entanto, não fornecia pistas sobre qual deveria ser o conteúdo do testamento excludente do direito do cônjuge. Parece que não poderia ser qualquer disposição patrimonial, mas aquela que contemplasse toda a parte disponível. Pois, como se depreende da explicação de Orlando Gomes, o intuito foi de assegurar direito sucessório ao cônjuge sobre a metade disponível, como proteção equivalente à meação. Se houvesse testamento com deixo, por exemplo, de 10% da parte disponível em favor de terceiro, parece que a interpretação mais apropriada seria a de conferir ao cônjuge os 90% remanescentes nessa parte disponível. A parte indisponível tocaria integralmente ao filho ilegítimo. Seria possível objetar que, ao elaborar testamento, sem contemplar o cônjuge, o testador teria deixado implícita sua intenção de não beneficiá-lo com nada, pois, se quisesse favorecê-lo, poderia tê-lo feito expressamente nas disposições de última vontade. Não se reputa que seria essa, no entanto, a interpretação mais correta. Conforme o art. 1.725 do Código de 1916, combinado com o art. 1.574 do mesmo código, somente se excluía herdeiros legítimos facultativos por meio de disposições testamentárias abrangentes de todo o patrimônio. Em relação à parte do patrimônio não incluída, incidem as regras da sucessão legítima intestada, inclusive, portanto, na época, essa do art. 3º da Lei 883.

A Lei 883/1949 foi expressamente revogada pela Lei 12.004, de 29 de julho de 2009. Seu art. 3º, porém, já não havia sido recepcionado pela Constituição de 1988, cujo

²⁷⁸ É o que explicava Orlando Gomes: “Tal situação pressupõe a existência do ‘filho adulterino’ do outro cônjuge e o casamento pelo regime de ‘separação de bens’. Se a lei não o amparasse na ocorrência desses dois pressupostos, seria excluído da sucessão e perderia a posse dos bens pertencentes ao consorte falecido, passando, não raro, a situação econômica muito inferior à que desfrutava na constância do matrimônio. Com o intuito de prevenir as injustas conseqüências do permitido reconhecimento, voluntário ou forçado, de filho havido fora do matrimônio, determinou a lei que ‘concorre’ à sucessão do falecido, recolhendo a metade dos bens que ele deixar. O propósito desse preceito legal foi equiparar o cônjuge consorciado pelo regime de separação de bens ao que se casou pelo regime da comunhão, assegurando-lhe a propriedade de bens como ser fora ‘meação’, conquanto sob a forma, tecnicamente possível de direito sucessório. Alterou, excepcionalmente, a ordem da vocação hereditária, galgando o cônjuge o primeiro lugar, ao lado dos descendentes. Dele pode ser privado, entretanto, se outro consorte dispõe diversamente em testamento” (GOMES, Orlando. *Sucessões*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 68).

art. 227, § 6º, ao proibir qualquer distinção arbitrária de direitos entre filhos, havia tornado inválidas todas as disposições infraconstitucionais discriminatórias entre filhos legítimos e ilegítimos, inclusive o art. 3º, ao prejudicar filho ilegítimo, fazendo com que perdesse metade da herança para o cônjuge. O filho, antes tido como ilegítimo, passou a ter direito à integralidade da herança ou da legítima, assim como os demais filhos, concorrendo com eles igualmente. O cônjuge, nessa hipótese, não ficaria desprotegido, não ocorreria o inconveniente apontado por Orlando Gomes, pois, ao tempo da entrada em vigor da Constituição de 1988, o cônjuge casado por separação de bens, na concorrência com descendentes, estava resguardado pelo usufruto vidual que havia sido instituído pelo Estatuto da Mulher Casada em 1962.

7.3.4. O Estatuto da Mulher Casada.

A proteção sucessória do cônjuge sobrevivente foi consideravelmente ampliada pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada. Mediante acréscimo dos parágrafos 1º e 2º ao art. 1.611 do Código Civil de 1916, essa lei instituiu o usufruto vidual e o direito real de habitação em favor do viúvo. Essas inovações representavam, àquela altura, o mais relevante avanço na evolução dos direitos sucessórios do cônjuge, porque o primeiro de caráter geral, não circunscrito a situações especiais.

Pelo § 1º do art. 1.611, o viúvo, casado por regime de bens diverso da comunhão universal, ou seja, se fosse casado por comunhão parcial, separação convencional ou obrigatória, ou regime misto, de livre escolha dos nubentes, no qual houvesse pelo menos parte do patrimônio com separação de bens, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e à metade se, à falta de filhos, houvesse ascendentes.

Pelo § 2º, ao casado por comunhão universal de bens era assegurado, também enquanto durasse a viuvez, direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único dessa natureza a inventariar, ressalvando o legislador, nesse caso, que era direito conferido sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança.

Uma corrente interpretativa sustenta que o usufruto vidual e o direito real de habitação não podiam ser afastados por disposição testamentária e, assim, configurariam hipóteses de sucessão necessária do cônjuge. Pela fundamental importância dessas

novidades instituídas pela Lei 4.121, os dois institutos serão examinados mais detidamente nos dois capítulos seguintes.

Antes, porém, é importante perceber o movimento evolutivo do direito sucessório do cônjuge, sempre na direção de melhoria de sua posição, adiantando que o Código de 2002, coerente com essa tendência, deixou de prever o usufruto vidual, substituindo-o por tutela ainda mais efetiva, em propriedade plena. O cônjuge passou a concorrer com descendentes em propriedade plena a depender do regime de bens do casamento (art. 1.829, I) e concorre sempre com ascendentes, não importando o regime (art. 1.829, II). O direito real de habitação, por sua vez, foi estendido a todos os regimes de bens e passou a ser vitalício, não mais limitado à duração da viuvez (art. 1.831).

USUFRUTO VIDUAL.

8.1 Usufruto vidual: panorama da divergência interpretativa.

Havia intensa controvérsia interpretativa sobre o regime jurídico do usufruto vidual instituído pelo Estatuto da Mulher Casada, nos seus mais variados aspectos, com reflexo em diversas correntes jurisprudenciais. Embora o Código de 2002 não contemple o usufruto vidual, tendo optado por solução em propriedade plena, o tema ainda tem interesse residual na atualidade, pela pendência de casos de sucessões abertas antes da vigência do Código atual, anteriores, portanto, a 11 de janeiro de 2003, às quais se aplica o Código de 1916, por força da regra segundo a qual a sucessão se rege pela lei vigente ao tempo de sua abertura (art. 1.787 do Código de 2002; art. 1.577 do Código de 1916).

Como observa Gustavo Tepedino, o usufruto vidual teve pequena repercussão prática a princípio, porque não era frequente, como ainda não é, a celebração de pacto antenupcial. Em sua falta, aplicava-se o regime legal supletivo, que era de comunhão universal, ao qual se conferia, como tutela sucessória, direito real de habitação na concorrência com descendentes e ascendentes, e não usufruto. Esse panorama foi alterado pela Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio, ao substituir a comunhão universal pela parcial como regime legal supletivo. A partir daí, disseminou-se a comunhão parcial, com aumento considerável de sucessões envolvendo o usufruto vidual²⁷⁹.

Dentre as várias correntes interpretativas, algumas são restritivas à aplicação do usufruto vidual. Em rol apresentado por Gustavo Tepedino, são assim resumidas: a) a primeira condiciona o usufruto à efetiva necessidade alimentar do cônjuge; b) a segunda o condiciona ao fato de o *de cujus* não ter contemplado o cônjuge com bens por doações ou em testamento; c) a terceira dispõe que a base de cálculo do usufruto é unicamente a metade disponível, não incidindo sobre a legítima; d) pela quarta, a base de cálculo é toda a herança, mas o usufruto só incidiria sobre a parte disponível, porque não poderia afetar a legítima de descendentes e ascendentes; e) pela quinta, o usufruto só se aplicaria à

²⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Atualidade do usufruto vidual no direito brasileiro, In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: novos aspectos*. *São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 146-147.

sucessão intestada, excluído se houver testamento²⁸⁰. Ana Luiza Maia Nevares também apresentou relação de orientações divergentes, reproduzindo as referidas acima, acrescentando mais duas: (f) a sexta, pela qual o usufruto depende da inexistência de comunhão de aquestos, ou seja, de bens adquiridos na constância do casamento; (g) e a sétima, pela qual o usufruto incide somente sobre os aquestos, pois constituiria locupletamento ilícito usufruto sobre bens para cuja aquisição o cônjuge sobrevivente não havia concorrido²⁸¹.

Antônio Chaves²⁸², Gustavo Tepedino²⁸³, Adroaldo Furtado Fabrício²⁸⁴ e Ana Luiza Maia Nevares²⁸⁵ são representantes de outra linha interpretativa, pela ampla aplicação do usufruto vidual, bastando os requisitos expressamente previstos no texto legal, ou seja, casamento por regime distinto da comunhão universal, enquanto durar a viuvez. Segundo essa corrente, o usufruto vidual se impõe mesmo contra a vontade do autor da herança, cuidando-se, assim, de sucessão necessária. Como consequência, Ana Nevares pondera que o cônjuge só poderia ser excluído da sucessão em usufruto por indignidade ou deserdação, assim como os demais herdeiros necessários; que eventuais disposições testamentárias invasivas da legítima do cônjuge, representada pelo usufruto, poderiam ser reduzidas; que eventual partilha em vida deveria levar em conta o usufruto do cônjuge. Argumenta, ainda, que, sem restrições na lei, não se pode limitar o usufruto vidual nas situações nas quais o cônjuge sobrevivente recebeu liberalidades em vida ou por testamento, ou se houve comunicação de aquestos no regime de comunhão parcial de bens²⁸⁶.

8.2. Os reflexos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

As dificuldades interpretativas do instituto se refletiram em posicionamentos discrepantes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, instância judicial máxima de interpretação da legislação federal após a Constituição de 1988. As correntes no STJ

²⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo, cit., 1992, p. 148-149.

²⁸¹ NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 91-93.

²⁸² CHAVES, Antônio. O Usufruto Vidual Instituído pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Revista dos Tribunais*, vol. 470, dez/1974. São Paulo: RT, 1974, p. 55-70.

²⁸³ TEPEDINO, Gustavo, cit., 1992, p. 149; e TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

²⁸⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, cit., p. 6.

²⁸⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 104-114.

²⁸⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 104-114.

podem ser assim resumidas:

1ª) pela aplicação ampla do usufruto viual, bastando, como constava expressamente do § 1º do art. 1.611, regime diverso da comunhão universal e viuvez, independentemente da situação financeira do cônjuge sobrevivente²⁸⁷, não importando se beneficiado por disposição testamentária²⁸⁸, também se reputando irrelevante sua condição de meeiro²⁸⁹. Essa posição, em última análise, corresponde à propugnada por Antônio Chaves, Gustavo Tepedino, Adroaldo Furtado Fabrício e Ana Luíza Maia Nevares;

2ª) excludente do usufruto quando o cônjuge é beneficiado por comunhão de aquestos ou disposição testamentária²⁹⁰;

3ª) excludente do usufruto quando o cônjuge é beneficiado exclusivamente por comunhão de aquestos²⁹¹;

²⁸⁷ “1. ‘O usufruto viual (art. 1.611, § 1º, do CC/1916) é instituto de direito sucessório, independente da situação financeira do cônjuge sobrevivente, e não se restringe à sucessão legítima. Os únicos requisitos são o regime do casamento diferente da comunhão universal e o estado de viuvez’ (REsp 648.072/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 23.04.2007)” (AgRg no REsp 472.465/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, 3ª Turma, j. 08/06/2010). No mesmo sentido: REsp 648.072/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 20/03/2007.

²⁸⁸ “O usufruto viual independe da situação financeira do cônjuge sobrevivente. - O fato de o viúvo ser beneficiário de testamento do cônjuge falecido, não elide o usufruto viual (AgRg no REsp 844.953/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 11/12/2007).

²⁸⁹ “O dispositivo legal em comento é claro, ao estabelecer que, preenchidas as condições ali especificadas, o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens do acervo hereditário deve ser concedido, independente de eventual meação a que tenha direito o cônjuge sobrevivente” (REsp 330026/MG, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, j. 02/03/2004, trecho da fundamentação do acórdão).

²⁹⁰ Confira-se parte da expressiva argumentação do Relator, Ministro Luís Felipe Salomão:

“3.1. Percebe-se que o preceito restringe o chamado usufruto viual - enquanto durar a viuvez - àqueles casos em que o regime de bens não é o da comunhão universal. Isso porque, na comunhão universal, a meação do cônjuge supérstite está garantida, sendo despicienda a reserva de usufruto quando o próprio regime do casal propicia, em alguma medida, a manutenção do estado patrimonial anterior.

Com efeito, mostra-se evidente que o usufruto legal do consorte sobrevivente tem como escopo a salvaguarda do mínimo necessário ao cônjuge ou companheiro que não possui, obrigatoriamente, quinhão na herança do falecido, como no caso de comunhão parcial ou separação absoluta, em sucessões abertas na vigência do Código Beviláqua, que não considerava o cônjuge como herdeiro necessário.

.....
3.3. No caso, não se pretende criar limitação inexistente no texto, mas apenas extrair aplicação que guarde a finalidade própria do espírito contido no dispositivo legal.

É que a fórmula “se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal” é consentânea à ideia de que aquele que foi contemplado com meação - como ocorre com o cônjuge casado sob o dito regime -, ou com quinhão igual ou superior à meação, não faz jus ao usufruto de que trata o artigo. É o próprio dispositivo que reduz o alcance do instituto, e se foi excepcionada a hipótese de casamento sob o regime de comunhão universal, isso é devido às suas consequências patrimoniais, que também podem ser idênticas em outros regimes ou em caso de deixa testamentária.

Quisesse o legislador emprestar total elasticidade ao instituto, assim teria o feito, como o fez no parágrafo § 2º, do mesmo artigo, que garante o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente “sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança” (REsp 594.699/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 01/12/2009).

²⁹¹ “Inventário. Usufruto viual. Regime de comunhão parcial. Viúva meeira nos aquestos. Reconhecida a comunhão dos aquestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal de bens, direito ao usufruto viual previsto no art. 1.611, par. 1., do Código Civil. Precedente do

4ª) excludente do usufruto quando, havendo testamento, o cônjuge não foi nele contemplado, por aplicação do art. 1.725 do Código de 1916, segundo o qual, para excluir da sucessão o cônjuge e os colaterais, herdeiros não necessários, bastava não contemplá-los no testamento²⁹².

Essa profusão de entendimentos divergentes é compreensível pela lacônica redação do § 1º do art. 1.611, não indicando claramente a natureza do usufruto, sem fornecer elementos adicionais norteadores de sua aplicação nas mais variadas situações. De fato, a norma não explicita se instituiu hipótese de sucessão necessária. Em seu exame isolado, a resposta parece ser positiva, pelo tom categórico com o qual estabelece esse direito, mas não houve a adaptação necessária no referido art. 1.725, que permitia a exclusão do cônjuge da sucessão mediante simples falta de contemplação em testamento abrangente de todos os bens, a tornar a questão duvidosa. Além disso, a norma não esclarece, como foi feito no § 2º, que trata do direito real de habitação, se o usufruto viual era assegurado ao cônjuge “sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança”. Não houve adaptação do art. 1.723, disciplinador das limitações aplicáveis à legítima, havendo dúvida sobre a possibilidade de o usufruto tolher a legítima, ou se, ao invés disso, seria o usufruto componente da própria legítima, se seria a legítima do cônjuge sobrevivente. A falta de clareza, a exigir árdua integração pela doutrina e pela jurisprudência, gerou toda a divergência apontada.

8.3. Usufruto viual como hipótese de sucessão necessária do cônjuge.

Em artigo doutrinário publicado em 1968, Gil Costa Alvarenga, ao examinar o conteúdo do § 1º do art. 1.611, recordou que, na França, houve instituição de usufruto

STF. Recurso Especial não conhecido” (REsp 34.714/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 25/04/1994).

²⁹² “Direito civil. Sucessões. Usufruto viual. Exclusão testamentária. Prevalência. - O art. 1.574 do CC/16, estabelece que, na hipótese de morrer a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos. - Se houver disposição testamentária, resguardada a legítima aos herdeiros necessários, prepondera a última vontade transmitida pelo testador, notadamente quando manifestada por meio de testamento público, com o cumprimento de todos os requisitos e solenidades legalmente previstos no art. 1.632 e seguintes do CC/16. - O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano. - Se, ao dispor de seu patrimônio por meio de testamento público, silencia o testador a respeito do cônjuge que a ele sobreviver, opera-se a exclusão deste, conforme disposto no art. 1.725 do CC/16, o que se contrapõe, diretamente, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo com base no art. 1.611, § 1º, do mesmo Código, que não deve ter guarida na hipótese; sobrepõe-se, dessa forma, a vontade explícita do testador em excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo, que somente seria resguardado se não houvesse a referida disposição testamentária. Recurso especial provido (REsp 802.372/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 16/09/2008).

vidual por lei de 09 de março de 1891. A doutrina francesa criticava a opção por usufruto e não propriedade plena, tachando-a de ultrapassada, conforme a opinião que transcreve de Planiol-Ripert, no que seria, por parte do legislador francês, insistência “... no menosprêzo votado à função social do companheirismo familiar”. Embora considerada ultrapassada na França, o legislador brasileiro, 71 anos depois, em 1962, optou pela concorrência em usufruto e não em propriedade plena. Embora padecesse desse aparente anacronismo, a instituição do usufruto vidual representou importante avanço, atendendo-se, ainda que em parte, o interesse social de amparo ao cônjuge, notadamente a mulher, a quem “... interesses particulares ou cautelas legais haviam impôsto o regime da separação de bens no casamento”. Como ponderado por Gil Costa Alvarenga: “A mulher, que durante anos emprestara ao marido o calor de sua companhia e os esforços de seu trabalho, via-se de repente privada até dos meios necessários à sua manutenção, ou, pelo menos, impedida de continuar gozando do padrão de vida a que se habituara”. Em razão desse interesse social de proteção impositiva do cônjuge, não se poderia conceber exclusão do usufruto pelo testador. O autor argumenta que a expressão do § 1º do art. 1.611, de que o cônjuge tem direito ao usufruto “embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*”, revela que esse direito tem mais força do que o de herdeiros necessários ascendentes, mais um elemento que levaria a concluir pela natureza de sucessão necessária do usufruto. Reproduz, ainda, a significativa expressão empregada por Valverde y Valverde, diante de instituto similar do direito espanhol, no sentido de que o usufruto vidual seria a “legítima do cônjuge viúvo”²⁹³.

Antônio Chaves, em parecer de 26 de setembro de 1972, alinhou-se com as ponderações de Gil Costa Alvarenga, em especial a que reputa o cônjuge herdeiro necessário em usufruto vidual, recordando a evolução da proteção sucessória do cônjuge, principiando pelo Decreto-lei 3.200/1941, passando pelo art. 3º da Lei 883/1949, até chegar ao Estatuto da Mulher Casada, à época derradeira etapa nessa evolução linear, a revelar que o usufruto vidual não representou rompante legislativo, improvisação, que não derivou de influência momentânea²⁹⁴.

Sílvio Rodrigues, ao se posicionar sobre a polêmica interpretação do § 1º do art. 1.611, reportando-se à orientação de Antônio Chaves, também defendia a ampla aplicação

²⁹³ ALVARENGA, Gil Costa. Usufruto Legal do Cônjuge Sobrevivente. *Revista Forense*, vol. 224, out/nov/dez/1968. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 385-388.

²⁹⁴ CHAVES, Antônio, cit., p. 55-70. Cf., ainda, o item 13.1 infra, sobre a etapa seguinte dessa evolução, pelo Código Civil de 2002, em que a concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes passou de usufruto a propriedade plena.

do usufruto viual, rejeitando as teses de sua exclusão se houvesse disposição testamentária em favor do cônjuge ou se o usufruto afetasse a legítima de descendentes ou ascendentes. Não passou despercebido ao ilustre professor aspecto que se reputa crucial, relativo à injustiça da aplicação do usufruto viual quando se reconhece ao cônjuge direito de comunhão nos aquestos, seja na separação obrigatória por força da Súmula 377 do STF, seja na separação convencional quando evidenciada aquisição de aquestos com esforço comum. Pois, nesses dois casos, se concedida a meação e mais o usufruto, o viúvo ficaria em situação mais favorável do que o casado pela comunhão universal de bens, a quem se assegurava somente meação, em evidente contrassenso²⁹⁵.

Gustavo Tepedino, em seus trabalhos sobre o tema, salienta que parte da doutrina via no usufruto viual direito alimentar, o que permitiria restringi-lo ou suprimi-lo de acordo com a capacidade econômica do alimentando, mas discorda dessa interpretação, ponderando que se trata de direito sucessório, pois como tal previsto no Código de 1916, no livro do direito das sucessões, sem nenhum condicionamento à situação de necessidade do cônjuge. Argumenta que não se pode criar limites onde o legislador não limitou²⁹⁶.

Tepedino também diverge daqueles que sustentavam ter o usufruto viual natureza jurídica de legado *ex lege*²⁹⁷. A qualificação como herança ou legado tem importância prática, em razão da diversidade dos respectivos regimes jurídicos. Dentre outros aspectos, o herdeiro, no momento da abertura da sucessão, recebe a posse, ainda que indireta, de seu direito hereditário, ao passo que o legatário só será investido na posse posteriormente, quando evidenciada a solvência do espólio (art. 1.690, § único, do Código de 1916; art. 1.923, § 1º, do Código de 2002)²⁹⁸. Salienta o referido autor que a distinção fundamental entre herdeiro e legatário em nosso sistema é o título da delação, o primeiro sucedendo em uma universalidade ou parte dela, composta por direitos e deveres componentes do complexo de relações jurídicas do *de cujus*, incluindo o ativo e o passivo; o segundo, investido somente na relação jurídica que lhe favorece, individualmente considerada²⁹⁹. No usufruto viual, pondera Tepedino, o cônjuge recebe “parte alíquota de todos os bens”,

²⁹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 7, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85-88.

²⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo, cit., 1990, p. 52-56; e TEPEDINO, Gustavo, cit., 1992, p. 150-151.

²⁹⁷ Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, atribuíam ao usufruto viual essa natureza (GOMES, Orlando, cit., 1986, p. 69-70; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 98).

²⁹⁸ Essa relevância da distinção é apontada por Ana Luiza Maia Nevares (NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 100).

²⁹⁹ Sobre a distinção entre herança e legado, especialmente sobre a noção de legado, confira-se o Capítulo 2, especialmente o item 2.4.

situação de herdeiro, não de legatário, com a peculiaridade de que tal alíquota não é em propriedade plena, mas em usufruto. Argumenta, com razão, que, se o descendente ou ascendente, sucessor em nua propriedade, é considerado herdeiro, em situação diversa da propriedade plena de que era titular o *de cujus*, não é razoável negar esse mesmo status de herdeiro ao cônjuge que igualmente não recebe a propriedade plena, somente o usufruto³⁰⁰.

Prosseguindo em sua análise, Tepedino rebate o argumento dos que reputam que o caráter temporário do usufruto, limitado à duração da viuvez, retiraria do cônjuge a qualidade de herdeiro. Como recorda, há herdeiro que recebe herança com limitação temporária, como o que herda com condição resolutiva ou o herdeiro fiduciário na substituição fideicomissária³⁰¹.

Também sustenta que o cônjuge usufrutuário responde pelo passivo, o que se evidencia, dentre outros aspectos, porque a fração do usufruto é calculada sobre o eventual ativo remanescente depois de pago o passivo, ou seja, nos bens utilizados para pagamento das dívidas há cota do usufruto vidual³⁰².

Conclui Tepedino que a Lei 4.121/1962 tornou o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário, pelo caráter imperativo e protetivo da disposição do § 1º do art. 1.611, aplicável a despeito das efetivas necessidades materiais dele. Acrescenta que não se entrevia na lei nada que autorizasse conclusão de que eventuais disposições testamentárias em favor do cônjuge excluíssem o usufruto, reiterando o argumento de que é inadmissível estabelecer restrição onde o legislador não o fez³⁰³.

Feito esse apanhado de parte da doutrina sobre o tema, o essencial, em nossa opinião, é o argumento de que se pretendeu conferir tutela ao cônjuge sobrevivente casado por regime diverso da comunhão universal, evitando-se, por interesse social, o risco de desamparo patrimonial ou queda abrupta de padrão de vida a partir da abertura da sucessão. Tendo esse caráter de proteção, de resguardo do cônjuge, seria incoerente admitir

³⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo, cit., 1990, p. 56-63; e TEPEDINO, Gustavo, cit., 1992, p. 152-155.

³⁰¹ TEPEDINO, Gustavo, cit., 1990, p. 64-68.

³⁰² Ibid., p. 69-73. A qualificação do sucessor em usufruto como herdeiro ou legatário foi objeto de acesa controvérsia quando da aprovação do Código Civil português. Deliberou-se que o código trataria da respectiva qualificação legal. O projeto de Inocêncio Galvão Telles qualificava o sucessor em usufruto como herdeiro, mas prevaleceu, no texto aprovado, como legatário (art. 2.030º, 4). Os argumentos preponderantes para a escolha do legislador português foram, segundo relato de Rabindranath Capelo de Sousa, o de que o usufrutuário não recebe a raiz da propriedade e sim um direito de usufruto, e o de que se trata de direito de caráter precário, a extinguir-se com a morte do usufrutuário (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., vol. I, p. 64-67). Essa orientação da lei é criticada amplamente por Inocêncio Galvão Telles (TELLES, Inocêncio Galvão, cit., p. 244-253), com argumentos que, em linha geral, correspondem aos acima apontados, de Gustavo Tepedino, e com os quais concordamos plenamente, a justificar a qualificação do usufrutuário em fração ideal da herança como herdeiro e não legatário.

³⁰³ TEPEDINO, Gustavo, cit., 1990, p. 77-79; e TEPEDINO, Gustavo, cit., 1992, p. 155-157.

exclusão do usufruto por vontade do autor da herança. Além disso, há o aspecto de que o § 1º, categórico ao assegurar o usufruto, não continha nenhuma ressalva de hipótese excludente desse direito.

Como salientado por Silvio Rodrigues, é indiferente à aplicação do usufruto a circunstância de o cônjuge precisar ou não de amparo, embora tenha sido o propósito de ampará-lo que inspirou a instituição desse direito³⁰⁴. Não se trata, como visto, de direito alimentar, mas sucessório, de participação na herança, por força dos laços de afeição derivados da relação conjugal. Esses laços de afeição, os vínculos de solidariedade familiar, constituem o norte fundamental no direito das sucessões, na definição dos sucessores na sucessão necessária. Evitava-se, pelo usufruto vidual, por um lado, o risco de desamparo e, por outro, assegurava-se ao cônjuge participação patrimonial em proporção menor do que a meação do regime de comunhão, mas suficiente, em tese, para impedir abrupta e repentina queda de padrão de vida.

Não se justifica retirar esse caráter de sucessão necessária do usufruto pelo fato de não ter havido, pelo Estatuto da Mulher Casada, adaptação nos arts. 1.721 e 1.725 do Código de 1916. Preservadas que foram as redações desses dois dispositivos, continuaram a afirmar, respectivamente, que herdeiros necessários eram descendentes e ascendentes, e que o cônjuge poderia ser excluído da sucessão em testamento que não o contemplasse, abrangente de todo o patrimônio. Esses dois artigos, no entanto, tinham sua lógica na ordem da vocação hereditária original do Código de 1916. A possibilidade de excluir cônjuge e colaterais, herdeiros legítimos facultativos, mediante simples disposição do patrimônio todo por testamento, sem os contemplar, como dispunha o art. 1.725, tinha razão de ser na ausência de descendentes ou ascendentes, os herdeiros necessários relacionados no art. 1.721. Pela lógica do art. 1.725, a disposição de todo o patrimônio era feita em favor de terceiros, estranhos à sequência da ordem da vocação hereditária. No caso do usufruto vidual, passou a haver situação diversa, fora desse contexto. É a circunstância de que o cônjuge, casado por regime diverso da comunhão universal, passou a concorrer em usufruto com descendentes e ascendentes, na primeira e na segunda posição da ordem da vocação hereditária. Pela ordem da vocação originária do Código de 1916, as classes de sucessíveis eram estanques. Não havia possibilidade de concorrência entre herdeiros de classes distintas. A partir do Estatuto da Mulher Casada, essa concorrência se tornou possível. Havendo descendentes e ascendentes, o autor da herança não poderia

³⁰⁴ RODRIGUES, Silvio, cit., vol. 7, 1988, p. 86.

dispor de todo o patrimônio por testamento. O § 1º do art. 1.611 assegurava usufruto em proporção, da quarta parte ou da metade, sobre os bens do cônjuge falecido, sem fazer distinção entre parte disponível ou indisponível. Assim, ainda que o testador dispusesse de toda a disponível, sobre a metade indisponível, pertencente a descendentes e ascendentes, incidiria proporcionalmente o usufruto devido ao cônjuge. Se o usufruto era calculado sobre fração dos bens recebidos por descendentes e ascendentes, não havia como excluir o cônjuge nos termos previstos no art. 1.725, dispondo-se de todo o patrimônio. Caso o legislador tivesse intenção de permitir ao testador a exclusão do usufruto do cônjuge, deveria ter estabelecido, expressamente, a faculdade de promover o que seria, em verdade, uma deserdação imotivada. Pela simples aplicação do art. 1.725, repita-se, tal exclusão não se aperfeiçoaria.

A situação é oposta à anteriormente analisada, do art. 3º da Lei 883/1949, pela qual o legislador expressamente previu que o direito do cônjuge à concorrência em propriedade plena com o filho ilegítimo do autor da herança poderia ser excluído por testamento que contemplasse toda a parte disponível. No art. 3º estava claro que tal direito não incidia sobre a legítima do filho e que não configurava herança necessária do cônjuge. No usufruto viual do Estatuto da Mulher Casada, não houve ressalva de possibilidade de exclusão por testamento, e a lógica do art. 1.725 não se aplicava a essa inovação do Estatuto.

Por conseguinte, parece mais adequada a conclusão de que houve mero cochilo do legislador, ao não tornar claro, nos arts. 1.721 e 1.725, ou mediante complementação no § 1º do art. 1.611, que o cônjuge havia se tornado herdeiro necessário em usufruto, na concorrência com descendentes e ascendentes. Pois, a despeito da falta de adaptação dessas normas, pelos fundamentos pelos quais esse direito lhe foi conferido e pelo modo como veio a ser estruturado, não comportava exclusão por vontade do autor da herança em testamento.

A falta de adaptação do art. 1.723 também não justifica retirar do usufruto o caráter de sucessão necessária. Seria possível objetar que, se o intuito do legislador era o de permitir limitação da legítima de descendentes e ascendentes pela incidência de usufruto em favor do cônjuge, deveria ter previsto a possibilidade de tal limitação no art. 1.723, ao lado das outras ali relacionadas (conversão de bens da legítima, imposição de cláusulas restritivas etc.). Mas esse argumento é impertinente, pois o art. 1.723 conferia ao autor da herança a faculdade de impor à legítima as limitações ali arroladas, situação distinta de usufruto concedido diretamente pela lei, em norma imperativa, sem interferência da

vontade do testador³⁰⁵.

8.4. Regime jurídico do usufruto vidual.

Alinhada nossa opinião com a corrente doutrinária que reputa o usufruto vidual hipótese de sucessão necessária, cumpre expor qual se considera, dentre as várias opiniões divergentes, acima relacionadas, a mais adequada em termos de operatividade desse direito.

Sendo, em nossa opinião, hipótese de sucessão necessária, o usufruto vidual constituía, realmente, a legítima do cônjuge sobrevivente. Integrante da legítima, não tolhia a plena liberdade testamentária sobre a metade disponível. É o que se verifica no sistema atualmente em vigor, do Código de 2002, pelo qual a legítima do cônjuge, na concorrência com descendentes e ascendentes, em propriedade plena, não impede que o autor da herança disponha de metade de seu patrimônio por testamento.

Eventual contemplação do cônjuge no testamento não ilidiria seu direito ao usufruto na parte indisponível. Pois o cônjuge se tornou, como visto, de acordo com a posição que ora se defende, herdeiro necessário em usufruto. Conforme expressa previsão do art. 1.724 do Código de 1916, idêntico ao art. 1.849 do Código de 2002, o herdeiro necessário contemplado com a parte disponível não perde seu direito à legítima.

Não obstante, parece não ser possível a aplicação do usufruto sem nenhuma restrição. Consoante posição do mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o Ministro Barros Monteiro³⁰⁶, com citação de precedente do Supremo Tribunal Federal, em acórdão de que foi relator o Ministro Rafael Mayer, não se justifica a incidência de usufruto sobre bens em face dos quais há comunhão. Não se trata de impor limitação onde o legislador não limitou. Conforme ponderação acima transcrita, do Ministro Luís Felipe Salomão, em outro julgado do STJ³⁰⁷, a limitação se encontra na própria lei, derivada de interpretação indispensável para evitar grave antinomia no sistema. Pois o usufruto vidual era negado ao casado por regime de comunhão universal de bens. O motivo evidente era o de que já estava protegido pela meação sobre todos os bens. De acordo com a ponderação de Silvio Rodrigues, também mencionada, há manifesta

³⁰⁵ Nesse sentido, não vislumbrando incompatibilidade entre o art. 1.723 e o usufruto vidual: TEPEDINO, Gustavo, cit., 1990, p. 82.

³⁰⁶ REsp 34.714/SP, 4ª Turma, j. 25/04/1994.

³⁰⁷ REsp 594.699/RS, 4ª Turma, j. 01/12/2009.

incongruência em negar usufruto vidual ao casado pela comunhão universal, regime que expressa a máxima integração patrimonial possível dentre todos os existentes, concedendo-o em outros regimes nos quais possa haver bens comuns. A possibilidade de que viúva, casada por comunhão parcial, se houvesse somente bens comuns, recebesse meação e mais usufruto, em situação melhor do que se o regime fosse de comunhão universal, representaria anomalia do sistema, a impor interpretação que restabelecesse a coerência e o equilíbrio. Seria de se aplicar, nesse caso, a regra de hermenêutica segundo a qual deve prevalecer a interpretação que seja equitativa e lógica, em vez da que conduza a resultado absurdo, conforme lição de Carlos Maximiliano³⁰⁸.

As novidades instituídas pelo Código de 2002 no direito sucessório servem de importante reforço para iluminar essa questão sobre a interpretação do usufruto vidual. Pois, a respeito do alcance do art. 1.829, inc. I, do Código atual, que trata da concorrência entre cônjuge e descendentes em propriedade plena, corrente doutrinária expressiva passou a sustentar ser aplicável tal concorrência nos bens particulares, não nos comuns em face dos quais o cônjuge já está protegido pela meação³⁰⁹. Em consequência, havendo bens comuns e particulares, separam-se uns e outros. Nos comuns, destaca-se a meação do cônjuge e, quanto ao restante, que é a herança, concorrem exclusivamente os descendentes. Nos particulares, em relação aos quais não há meação, o cônjuge recebe cota hereditária concorrente. Essa mesma lógica deve presidir a aplicação do usufruto vidual, incidente somente sobre bens particulares.

Por questão de coerência, para também evitar grave antinomia no sistema, seria preciso concluir que, no regime de comunhão universal, quando houvesse bens particulares, nas hipóteses excepcionais do art. 263 do Código de 1916, o cônjuge deveria ter direito ao usufruto vidual sobre eles³¹⁰.

Sendo herança necessária, o cônjuge só poderia ser excluído da sucessão em usufruto em casos de indignidade ou deserdação. Esse direito era renunciável, após a

³⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 166-167.

³⁰⁹ Cf. o item 13.1 adiante, com citação doutrinária a respeito.

³¹⁰ Solução similar tem sido preconizada para situação análoga, no Código de 2002, na concorrência entre cônjuge e descendentes na ordem da vocação hereditária. Pela redação do inc. I do art. 1.829, o cônjuge casado por comunhão universal não tem direito a essa concorrência. Mas isso se dá pela pressuposição de que estará amparado por meação sobre todos os bens. Quando isso não se verifica, nas hipóteses excepcionais do art. 1.668, por isonomia deve lhe ser assegurada concorrência nos bens particulares. Defendendo essa interpretação, confirmam-se: ALMEIDA, José Luiz Gavião de, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*, vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 224; e OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109

abertura da sucessão. Em caso de invasão da legítima por disposições testamentárias excedentes da parte disponível, o cônjuge poderia postular a respectiva redução. A herança em usufruto deveria ser levada em conta para a partilha em vida³¹¹. Eventuais doações anteriores entre os cônjuges deveriam ser consideradas como adiantamento da legítima representada por usufruto, desde que o doador vinculasse a doação ao adiantamento do que caberia por usufruto³¹².

8.5. O cônjuge como herdeiro necessário em usufruto na terceira posição da ordem da vocação hereditária.

Uma última questão relevante a respeito do usufruto viual se refere à situação do cônjuge quando não houvesse descendentes e ascendentes. Pela redação literal dos arts. 1.721 e 1.725 do Código de 1916, o cônjuge permanecia herdeiro legítimo facultativo e poderia ser alijado da sucessão por testamento abrangente de todo o patrimônio sem o contemplar. Mas, segundo parece, essa interpretação literal e isolada não poderia mais ser aplicada a partir do Estatuto da Mulher Casada, sob pena, mais uma vez, de grave ruptura da coerência do sistema. Como visto, a partir do Estatuto, havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge não poderia ser excluído da sucessão por vontade do autor da herança, merecendo tutela necessária em usufruto, como meio de lhe assegurar algum amparo patrimonial ou de evitar queda brusca e repentina de padrão de vida. Como admitir que, não havendo herdeiros dessas classes, pudesse o cônjuge correr o risco de sofrer os infortúnios indesejados pelo legislador? Como compreender que descendentes e ascendentes, herdeiros necessários, teriam de concorrer à herança com o cônjuge, perdendo o uso e o gozo de parte dos bens herdados, e herdeiros testamentários, não necessários, pudessem receber a herança sem essa limitação?

A solução hermenêutica, para evitar essa grave incongruência, ao que parece, seria a de reconhecer ao cônjuge tutela sucessória necessária em usufruto, mesmo à falta de descendentes e ascendentes, havendo naturalmente testamento abrangente de todo o patrimônio que não o contemplasse. Essa tutela, por coerência, deveria ser equivalente à correspondente à concorrência com ascendentes, de usufruto de metade da parte

³¹¹ Essas são as observações, já mencionadas, de Ana Luíza Maia Nevares (NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 104-114).

³¹² Cf. TEPEDINO, Gustavo, cit., 1990, p. 81; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, cit., p. 11; e NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 108.

indisponível. O que significa que as disposições testamentárias seriam aplicadas plenamente em relação à metade disponível. Em relação à metade componente da legítima, seria aplicável o usufruto de metade. Usufruto que, repise-se, incidiria, segundo se entende correto, somente sobre bens particulares do *de cujus*, não sobre os bens comuns em relação aos quais o cônjuge já estava protegido pela meação.

Para ilustrar, considerem-se os seguintes exemplos a partir da situação de autor da herança casado por comunhão parcial de bens, sem descendentes, e que deixa mãe viva e a viúva.

Em uma primeira hipótese, era proprietário de duas casas adquiridas na constância do casamento e não deixou testamento. Em partilha em frações ideais, a viúva já estaria resguardada pela meação nas duas casas. A mãe, na segunda posição da ordem da vocação hereditária do Código de 1916, recebe a herança integralmente, correspondente aos outros 50% em cada casa. Não há sentido em conceder usufruto vidual à esposa, pois já protegida pela meação. Caso lhe fosse concedido, ficaria em situação melhor do que se fosse casada pela comunhão universal, uma vez usufruto não se aplicava a esse regime, situação que resultaria absurda.

Na segunda hipótese, ainda sem testamento, o único bem deixado foi um apartamento adquirido antes do casamento, que não se comunicou à esposa em razão da comunhão parcial. A viúva, nesse caso, teria direito ao usufruto vidual de metade pela direta aplicação do § 1º do art. 1.611, a partir do qual passou a concorrer em usufruto com ascendentes na segunda posição da ordem da vocação hereditária do Código de 1916, quando se tratava de bens particulares.

Terceira hipótese é a da herança composta por duas casas posteriores ao casamento e apartamento anterior, deixando o *de cujus* testamento contemplando terceiro como herdeiro de toda a parte disponível. A viúva teria meação nas casas. A herança seria composta pelos 50% remanescentes das duas casas e pela integralidade do apartamento. Em partilha em frações ideais, o herdeiro testamentário receberia 25% em cada casa e 50% do apartamento. Os outros 25% das casas caberiam à mãe do autor da herança, pois a viúva já está resguardada pela meação. No apartamento, o herdeiro instituído receberia 50% correspondente à disponível. Nos 50% da indisponível, a mãe do *de cujus* receberia metade em propriedade plena e metade em nua propriedade, pois sobre essa metade, pela aplicação do § 1º do art. 1.611, incidiria o usufruto vidual.

Na quarta e última hipótese, suponha-se que, na mesma situação acima, não ter a

mãe sobrevivido ao *de cujus*. Sem ascendentes, e aplicados literalmente os arts. 1.721 e 1.725, o herdeiro testamentário receberia a metade das casas e a propriedade integral do apartamento. Mas parece incoerente conferir ao terceiro, herdeiro não necessário, mais do que seria assegurado à própria mãe do falecido, uma vez que esta teria sua fração onerada em parte pelo usufruto do cônjuge. A solução para restabelecer a coerência seria a de assegurar ao cônjuge, também nessa hipótese, usufruto de um quarto da totalidade do apartamento, ou seja, de metade da parte que caberia à ascendente do *de cujus*, se ainda estivesse viva ao tempo da abertura da sucessão. Para assegurar esse usufruto, em face de testamento que havia concedido todos os bens a terceiro, o cônjuge deveria postular, no inventário, a redução das disposições testamentárias invasivas de sua legítima em usufruto.

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.

9.1. O direito real de habitação no Código Civil de 1916.

Aos casados por regime de comunhão universal, o § 2º do art. 1.611 do Código de 1916, acrescentado pelo Estatuto da Mulher Casada, assegurava direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que o único dessa natureza a inventariar, a perdurar enquanto vivesse e permanecesse viúvo, sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança.

No regime de comunhão universal, os bens só não eram comuns nas hipóteses excepcionais do art. 263 do Código de 1916. Em regra, portanto, o cônjuge teria meação no imóvel residencial. Se fosse o único dessa natureza a inventariar, era possível resultar da partilha condomínio entre o cônjuge e descendentes ou ascendentes. Para evitar o risco de ter de deixar a residência onde se habituara a viver, por força de extinção de condomínio, resguardava-se ao cônjuge o direito real de habitação.

Se houvesse mais de um imóvel residencial a inventariar, seria quase certo, por força da comunhão, que um deles caberia integralmente na meação do viúvo. Garantida, dessa forma, a moradia, não havia necessidade do direito real de habitação.

9.2. O direito real de habitação no Código Civil de 2002.

No Código Civil de 2002, o direito real de habitação, previsto em seu art. 1.831, sofreu importantes alterações, pois foi estendido a todos os regimes de bens do casamento, não mais restrito à comunhão universal de bens. E não foi reproduzida a limitação temporal à duração da viuvez, tornando-se vitalício, o que acarretou a relevante consequência de que novo casamento ou constituição de união estável não mais o extinguem.

Assim como no Código anterior, o art. 1.831 condiciona o direito real de habitação à existência de único imóvel residencial a inventariar. Essa previsão legal era justificável no Código de 1916, como observado no item anterior, pois, sendo beneficiário somente o casado por comunhão universal, se houvesse mais de um imóvel residencial era quase certo de que um deles caberia integralmente na meação do cônjuge, de modo que teria moradia

assegurada e não necessitaria do direito de habitação. Mas, estendido o direito real a todos os regimes de bens, a exigência de que haja somente um imóvel residencial a inventariar perde seu sentido em outras hipóteses, como adverte José Luiz Gavião de Almeida³¹³. Por exemplo, em casamento por separação total de bens, no qual não há concorrência com descendentes segundo a referida interpretação por ora prevalecente no Superior Tribunal de Justiça³¹⁴, a existência de vários imóveis residenciais, com mais razão, deveria justificar o direito real de habitação. Constitui contrassenso, realmente, reconhecer tal direito ao cônjuge casado por separação convencional se houver único imóvel residencial, tolhendo em parte o direito dos descendentes sobre esse bem, e não lhe conferir o mesmo direito quando há dois ou mais imóveis dessa natureza. O legislador não atentou para esse aspecto, devendo ser afastada a exigência de único imóvel residencial nessas circunstâncias, pois ausente o fundamento racional que poderia justificá-la.

9.3. Perfil geral do direito real de habitação.

Direito real sobre coisa alheia, a habitação era disciplinada, no Código de 1916, nos arts. 746 a 748. No Código de 2002, com mínima alteração de redação, sem nenhuma mudança na substância, nos arts. 1.414 a 1.416. Conforme comentários de Francisco Eduardo Loureiro a essas normas do Código de 2002, a habitação é espécie do gênero uso. É uso com finalidade exclusiva de moradia, vedada utilização para atividade empresarial, embora se admita uso misto com finalidade preponderantemente residencial³¹⁵. O direito tem caráter personalíssimo e, por isso, não pode ser alienado ou cedido³¹⁶, nem por comodato, nem por locação³¹⁷.

Aplicam-se ao direito real de habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto (Código de 1916, art. 748; Código de 2002, art. 1.416). Assim, cabem ao habitador as despesas com a conservação do bem, para restituí-lo no estado em que o recebeu, salvo deteriorações normais do uso, suportando igualmente o pagamento de despesas de condomínio, tributos incidentes sobre o imóvel etc.

³¹³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de, cit., p. 219-220.

³¹⁴ Cf. o item 13.2 infra.

³¹⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed.. Barueri: Manole, 2012, p. 1489-1490.

³¹⁶ Ibid., p. 1490.

³¹⁷ NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 120.

A moradia pode ser compartilhada com outros familiares do beneficiário³¹⁸. No direito real de habitação em favor do cônjuge, no Código de 1916, havia a particularidade de que, vinculado à permanência da viuvez, se passasse a compartilhar o imóvel com companheiro, por exemplo, o direito se extinguiria. No Código de 2002 não foi reproduzida essa limitação à duração da viuvez, tornando-se direito vitalício, motivo pelo qual o compartilhamento com companheiro ou novo cônjuge não o extingue.

Outra peculiaridade do direito real de habitação conferido ao cônjuge sobrevivente, como tutela sucessória, é a natureza que lhe é reconhecida pela doutrina, de legado *ex lege*³¹⁹. Tem essa natureza porque recai sobre bem determinado e é atribuído diretamente pela lei, sem mediação da vontade do autor herança³²⁰.

Por ser legado que deriva diretamente da lei, por interesse social em assegurar moradia ao viúvo, não se aplicava a regra do art. 1.690, § único, do Código de 1916, nem se aplica a similar do art. 1.923, § 1º, do Código de 2002, pela qual o domínio do bem legado é transmitido na abertura da sucessão, mas a posse só depois, quando evidenciada a solvência do espólio. Essa regra tem aplicação restrita ao legado deixado por testamento, quando o legatário não exercia posse sobre o bem ao tempo da transmissão sucessória³²¹.

Ana Luíza Maia Nevares pondera que, na separação de fato não teria cabimento o direito real, porque, nesse caso, estaria ausente o requisito legal do imóvel destinado à residência da família. Nessa visão, pressuposto desse direito seria a coabitação do casal nesse imóvel ao tempo da abertura da sucessão³²². Respeitado esse entendimento, parece que, se aplicado rigidamente, poderia dar margem a injustiças, como no caso do cônjuge que pratica abandono injurioso, deixando o outro com os filhos no imóvel, e vem a morrer antes do divórcio; ou da esposa que, para escapar de sevícias frequentes, se vê obrigada a deixar a residência comum com os filhos. Em consequência, reputa-se necessária a análise das circunstâncias da falta de coabitação ao tempo da sucessão à luz de cada caso concreto.

³¹⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 1490.

³¹⁹ Cf., por exemplo, ORLANDO GOMES, cit., 2004, p. 65; PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 150; e AZEVEDO, Antônio Junqueira de, cit., 2004, p. 339.

³²⁰ Cf. LOUREIRO, Francisco Eduardo, cit., p. 1490. Segundo Guido Capozzi, a doutrina italiana se divide a respeito da figura do chamado legado *ex lege*. Na opinião de Pugliatti e Luigi Mengoni, por exemplo, o legislador italiano só disciplinou o legado, com essa denominação, com fonte no testamento, motivo pelo qual seria impróprio o termo legado *ex lege* para designar o fenômeno que mais apropriadamente deveria ser chamado de sucessão legítima a título particular. Mas a corrente prevalecente reputa que a diversidade do título pelo qual se dá a sucessão não altera a estrutura e a substância da atribuição a título particular, não havendo diferença essencial entre o legado com origem no testamento ou na lei, razão pela qual se justifica a expressão legado *ex lege* (CAPOZZI, Guido, cit., Tomo II, p. 1110-1111).

³²¹ Cf. NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 128.

³²² NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 119.

Como observa a referida jurista, sendo direito sucessório, é passível de renúncia como qualquer outro³²³. Na III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2004, assentou-se no Enunciado 271 que: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”. Orientação essa em consonância com o art. 1.583 do Código de 1916 (similar ao § 1º do art. 1.808 do Código de 2002), segundo o qual, recebendo alguém herança e legado, pode renunciar a um e aceitar o outro. Como o direito real de habitação tem natureza de legado *ex lege*, é de se admitir que seja repudiado, aceitando-se a participação na herança, tal como prevê esse enunciado.

Além da morte do beneficiário, o direito real de habitação se extingue pelos mesmos motivos que justificam a extinção do usufruto, desde que pertinentes, inclusive pelo não uso. Em relação a essa causa de extinção, Francisco Eduardo Loureiro observa que, na vigência do Código de 1916, havia divergência na doutrina sobre o prazo de consumação da perda do direito real pelo não uso, alguns autores defendendo que seria o prazo geral para ações pessoais, de vinte anos do art. 177, outros que seria o prazo decenal ou de quinze anos para pretensões reais, com prevalência desse último entendimento. O autor sustenta que, no regime do Código de 2002, o prazo deve ser o ordinário, de dez anos, de seu art. 205³²⁴. Anote-se entendimento divergente, do Enunciado 252 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2004, segundo o qual: “Art. 1.410: A extinção do usufruto pelo não-uso, de que trata o art. 1.410, inc. VIII, independe do prazo previsto no art. 1.389, inc. III, operando-se imediatamente. Tem-se por desatendida, nesse caso, a função social do instituto”. Paulo Nader critica o teor desse enunciado, com razão, pois prescrição de tamanho rigor, que não considera nenhum prazo como necessário para a perda do direito, deveria estar estabelecida em norma expressa. Além disso, em situação análoga, de extinção da servidão pelo não uso, o legislador expressamente previu prazo de dez anos³²⁵.

Parcela da jurisprudência reputa incabível pleito de extinção do condomínio na

³²³ Ibid., 2004, p. 120.

³²⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo, cit., p. 1485. No mesmo sentido: VIANA, Marco Aurélio S., In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: dos direitos reais*, vol. XVI, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 742; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 837

³²⁵ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*, vol. 4, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 369.

pendência de direito real de habitação³²⁶. Outros julgados entendem admissível a extinção, ressaltando-se a subsistência do direito real de habitação³²⁷. Parece mais acertada essa segunda orientação, por se tratar de direito real sobre coisa alheia, que permanece gravando a coisa a despeito da alienação da sua propriedade, tal como se dá no usufruto, embora, é certo, de difícil verificação na prática de alguém que possa se interessar pela aquisição de imóvel assim onerado³²⁸.

9.4. Direito real de habitação como legado necessário *ex lege*.

Feitas essas observações sobre o perfil geral do direito real de habitação, para os fins deste estudo o mais relevante é observar que se trata de hipótese de sucessão necessária, ou seja, não pode ser afastado pelo autor da herança. Aqui, como no usufruto viual, destaca-se o caráter imperativo, sem ressalvas, do direito conferido ao cônjuge. Além disso, tal como na análise sobre o usufruto, sendo direito que se assegurava por inegável interesse social, de tutela da moradia do cônjuge, não seria admissível que seu exercício pudesse ser tolhido pelo testador.

9.5. A transformação do sistema sucessório pela introdução de hipóteses de legados *ex lege*.

A introdução de hipóteses de legados *ex lege*, a partir do direito real de habitação, acarretou profunda transformação ao sistema sucessório como um todo, o que pode ser percebido a partir do seguinte exemplo:

Suponha-se *de cujus* casado por comunhão universal de bens, tendo como único bem o imóvel residencial da família. Deixa viúva e um filho. Por testamento, havia contemplado terceiro com a totalidade da parte disponível. A esposa tem meação no imóvel. Os 50% restantes compõem a herança. A viúva não concorre com o filho, porque

³²⁶ Cf., do Superior Tribunal de Justiça: REsp 234.276/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 14/10/2003. Do Tribunal de Justiça de São Paulo: Ap. 0012784-16.2010.8.26.0048, rel. Des. A.C.Mathias Coltro, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 28/09/2011; e Ap. 0042041-12.2005.8.26.0000, rel. Des. Christine Santini, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 23/02/2011.

³²⁷ Do Tribunal de Justiça de São Paulo: Ap. 0000471-95.2010.8.26.0315, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 26/05/2011.

³²⁸ É o que salientava Caio Mário da Silva Pereira, afirmando que ninguém se “abalançaria” a adquirir imóvel onerado com tal gravame (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 16. ed., atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169).

era casada por comunhão universal de bens e, portanto, incide a exceção de não concorrência da parte final do inc. I do art. 1.829 do Código de 2002. A herança é dividida meio a meio entre o filho, herdeiro necessário, com direito à legítima, e o herdeiro testamentário. Mas a viúva, com plena propriedade sobre os 50% correspondentes à meação, tem também direito real de habitação sobre os outros 50%, a parte relativa à herança. O filho e o herdeiro testamentário, em consequência, recebem não a propriedade plena de 25% do imóvel cada um, mas a nua propriedade.

Esse exemplo demonstra, em primeiro lugar, a possibilidade de concorrência entre legado *ex lege* e herança necessária. Francisco Eduardo Loureiro salienta que o art. 1.831, ao disciplinar o direito real de habitação ao cônjuge, ressaltando ser direito que lhe assiste “sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança”, instituiu exceção à regra da intangibilidade da legítima prevista no art. 1.846³²⁹. Pelo exemplo apresentado, vê-se que, de fato, a legítima do herdeiro necessário, em tese correspondente a metade da herança como estatui o art. 1.846, pode ser comprimida, reduzida a menos da metade da parte indisponível, quando em confronto com essa modalidade de legado *ex lege*.

Essa possibilidade resulta do perfil da sucessão necessária que foi sendo delineado ao longo do Século XX, mediante combinação de distintas técnicas de tutela sucessória.

Uma típica do paradigma liberal das codificações do Século XIX e princípio do Século XX, e que regia com exclusividade o Código de 1916 em sua versão original, contemplando o sujeito de direito abstrato, com base na igualdade formal, atribuindo-se, por exemplo, cotas hereditárias iguais a todos os filhos, indistintamente, sem atenção à situação peculiar de cada um deles.

A outra do paradigma do Estado Social, caracterizada pela chamada personificação do direito civil, na busca da igualdade substancial, examinado anteriormente³³⁰, a explicar introdução pela lei de direitos sucessórios para atendimento de situações específicas, com função promocional, representados por legados *ex lege*, como o direito real de habitação ao cônjuge, os créditos específicos a dependentes previdenciários do *de cujus* nos termos da Lei 6.858/1980 (saldos de salários etc.) e a transmissão da obrigação de prestar alimentos.

O exemplo ainda revela, em segundo lugar, haver possibilidade, pela cumulação de herança necessária e legados *ex lege*, da redução da parte disponível a menos da metade do patrimônio do testador, comprimindo-se o espaço da liberdade testamentária, da autonomia

³²⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo, cit., p. 1490-1491.

³³⁰ Cf. o item 4.3 *supra*.

privada.

9.6. O direito real de habitação em favor do filho portador de deficiência impossibilitado de trabalhar.

A Lei 10.050, de 14 de novembro de 2000, acrescentou o § 3º ao art. 1.611 do Código de 1916, estendendo o direito real de habitação do § 2º desse artigo, na falta do pai ou da mãe, ao filho portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho³³¹.

De curta existência, porque não reproduzido no Código de 2002, esse direito tinha natureza, assim como o direito real de habitação do cônjuge, de legado *ex lege*, que não podia ser afastado por testamento e, portanto, constituía hipótese de sucessão necessária.

Costuma-se atribuir a desatenção do legislador a não transposição desse direito, de inegável interesse social, para o Código de 2002. O Projeto de Lei 699/2011, reapresentação dos Projetos 6.960/2002 e 276/2007, propõe a introdução de § único ao art. 1.835 do Código Civil, restabelecendo-se esse direito. Pelo texto do projeto, o filho impossibilitado de trabalhar deverá provar a necessidade da habitação, o imóvel residencial deverá ser o único dessa natureza a inventariar e a continuidade do direito fica condicionada à permanência da situação de necessidade³³².

Sobre o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, confira-se, a seguir, o capítulo sobre a sucessão necessária e a união estável.

³³¹ Confira-se o texto legal: “§ 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho”.

³³² O texto do projeto é o seguinte: “Parágrafo Único. Se não houver pai ou mãe, o filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, e desde que prove a necessidade disto, terá, ainda, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar, enquanto permanecer na situação que justificou esse benefício”

LEGADO NECESSÁRIO DE ALIMENTOS.

10.1. Transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos: o art. 23 da Lei do Divórcio.

Importante novidade na evolução da sucessão necessária no direito brasileiro se deu pela previsão do art. 23 da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio. Até então vigorava o art. 402 do Código Civil de 1916, dispondo que a obrigação alimentar não se transmitia aos herdeiros do devedor. Em comentário a esse artigo, Clóvis Bevilacqua explicava que, por seu caráter personalíssimo, a obrigação alimentar era intransmissível aos herdeiros do devedor falecido, ressalvando que, se houvesse prestações atrasadas, por elas responderiam os sucessores, como dívida comum deixada pelo *de cujus*³³³. O art. 23 da Lei do Divórcio representou ruptura dessa orientação tradicional, com redação exatamente oposta. Dispunha que: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil”. Esse art. 1.796, por sua vez, previa responder a herança pelo pagamento das dívidas do falecido e, feita a partilha, a responsabilidade passaria aos herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coubesse. A remissão a esse art. 1.796 explicitava a limitação da responsabilidade dos herdeiros às forças da herança, não respondendo com seus próprios patrimônios pelo débito de alimentos.

Não obstante a evidente transformação operada pelo art. 23, parcela da doutrina, apegada à tradição anterior, recusava-se a lhe emprestar interpretação inovadora, negando-lhe qualquer efeito, como se tivesse restado incólume o art. 402 do Código de 1916. Segundo essa corrente doutrinária, o art. 23 se referia exclusivamente a prestações de alimentos atrasadas, vencidas até a abertura da sucessão. Teria simplesmente reafirmado algo já existente, a responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas deixadas pelo falecido, nos limites das forças da herança. Era tese defendida, por exemplo, por Caio Mário da Silva Pereira³³⁴.

Yussef Said Cahali considerava ser “injustificável a relutância” dos que negavam

³³³ BEVILAQUA, Clóvis, cit., vol. II, 1928, p. 386. Em anotação sobre o direito anterior ao Código de 1916, o autor esclarecia que a intransmissibilidade era “principio acceito” (ibid., p. 386).

³³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 192.

caráter inovador ao art. 23³³⁵. A interpretação restritiva, segundo Zeno Veloso, neutralizava o dispositivo, tornando-o de “supina inutilidade”³³⁶. Violava o princípio de hermenêutica segundo o qual deve ser preferida a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade³³⁷. Parece de fato inadequada interpretação que, diante de norma com texto exatamente contrário ao da anterior, não lhe reconhece nenhum efeito modificador.

Além dessa tese restritiva — e que, segundo Yussef Said Cahali, foi a que inicialmente preponderou na jurisprudência³³⁸ —, havia duas outras. Uma mais liberal considerava ter o art. 23 revogado o art. 402, admitindo a transmissibilidade de toda e qualquer obrigação de prestar alimentos regida pelo direito de família. Outra, intermediária, reputava preservada a intransmissibilidade do art. 402 para a obrigação alimentar entre parentes, admissível a transmissão do art. 23 nas relações entre cônjuges e, segundo alguns, no que seria uma subdivisão interna nessa corrente, extensiva aos alimentos devidos aos filhos do casal na separação judicial ou no divórcio. Argumentavam os defensores da corrente intermediária que o art. 23, porque integrante da Lei do Divórcio, aplicava-se exclusivamente às relações entre cônjuges, decorrentes da separação ou do divórcio, ou no máximo aos filhos do casamento desfeito. Ponderavam, também, em reforço, que a Lei 6.515, em seu art. 54, havia revogado expressamente alguns dispositivos do Código de 1916, mas não o art. 402, a significar que este teria sido preservado, continuando a reger as relações jurídicas não abrangidas pela Lei do Divórcio³³⁹. Essa corrente intermediária foi a que veio a prevalecer na jurisprudência³⁴⁰.

10.2. O art. 1.700 do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 revogou o de 1916 e a Lei do Divórcio, disciplinando o tema em seu art. 1.700, segundo o qual: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos

³³⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

³³⁶ VELOSO, Zeno, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XVII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 37.

³³⁷ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., 1988, p. 249-250.

³³⁸ CAHALI, Yussef Said, cit., p. 62.

³³⁹ Cf. VELOSO, Zeno, cit., vol. XVII, Atlas, 2003, p. 37-38. Yussef Said Cahali, depois de opinião inicial pela aplicabilidade do art. 23 só à obrigação alimentar entre os cônjuges, passou a sustentar ser extensivo aos alimentos ao alimentário-filho (CAHALI, Yussef Said, cit., p. 66-68).

³⁴⁰ É o que observa Sérgio Gischkow Pereira, defensor da corrente mais liberal (PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A Transmissão da Obrigação Alimentar*, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade: alimentos no novo Código Civil – aspectos polêmicos*, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 262)

herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”³⁴¹. Em razão da redação lacônica, sem maior detalhamento, permanece acesa controvérsia a respeito do alcance da disposição. Há dificuldade adicional pela circunstância de ser norma inserida no Livro “Do Direito de Família” e que costuma ser examinada principalmente sob a perspectiva desse ramo do direito civil, ao passo que também tem implicações fundamentais no âmbito do direito das sucessões e, em especial, da sucessão necessária, como será visto a seguir no exame detalhado desse artigo.

10.3. Transmissão da obrigação de prestar alimentos como hipótese de sucessão hereditária.

Parte da doutrina recente se mantém apegada à tradição, ao caráter personalíssimo da obrigação de prestar alimentos, não aceitando sua transmissão. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por exemplo, interpretam o art. 1.700 como se nada tivesse alterado em relação ao art. 402 do Código de 1916, defendendo que os alimentos transmitidos são somente os devidos até o óbito³⁴².

Em linha algo diferente, mas igualmente restritiva, Fábio Ulhoa Coelho entende que a norma impõe ao espólio o pagamento de alimentos devidos pelo *de cujus* até a partilha, a serem compensados com a parte da herança que na partilha couber ao alimentando, a fim de não desigualar os quinhões hereditários. Esse doutrinador reputa inadmissível a subsistência dos alimentos após a partilha em razão do referido caráter personalíssimo da obrigação de prestar alimentos. Argumenta, ainda, que interpretação diversa, a permitir redução da herança para pagamento de alimentos, seria inconstitucional, violando o direito fundamental à herança (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXX). Segundo essa posição, como se percebe, admite-se pagamento de alimentos entre a abertura da sucessão e a partilha como mero adiantamento da cota do alimentando na

³⁴¹ Segundo o relato de Zeno Veloso, o projeto original do Código de 2002 continha norma idêntica ao art. 402 do Código de 1916, mas foi alterado pela Emenda 322 no Senado, de iniciativa do senador Nelson Carneiro, sob a justificativa de que o novo texto estaria em conformidade e seria mera reprodução do art. 23 da Lei do Divórcio. Mas, como observa o autor, essa afirmação do senador era inexata, pois o art. 23 fazia remissão ao artigo do Código de 1916 que limitava a responsabilidade dos herdeiros do devedor às forças da herança, ao passo que o artigo do projeto se reportava a norma com outro conteúdo, como será adiante examinado, suscitando dúvidas adicionais a respeito da delimitação da regra (VELOSO, Zeno, cit., vol. XVII, 2003, p. 38-39).

³⁴² Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família*, vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 679.

herança e não como direito próprio e autônomo a alimentos³⁴³.

Outra linha interpretativa aceita a transmissão da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor de forma mais ampla, em conformidade com as correntes que conferiam efeito inovador ao art. 23 da Lei 6.515, seja a mais liberal, seja a intermediária, acima referidas. A se adotar essa orientação, com a qual concordamos, passou a existir em nosso ordenamento, desde a Lei do Divórcio, transmissão hereditária da obrigação de prestar alimentos do *de cuius* a seus sucessores, o que veio a se consolidar pelo art. 1.700 do Código de 2002.

Trata-se efetivamente de sucessão hereditária, pois o art. 23 dizia e o art. 1.700 repete que a obrigação de prestar alimentos “transmite-se” aos herdeiros do devedor. Transmissão e sucessão são expressões que se empregam como sinônimas³⁴⁴. Os sucessores passam a ocupar a mesma posição jurídica do *de cuius* na relação obrigacional, como devedores dos alimentos. Passam a responder pelos alimentos não por obrigação própria, pessoal deles, mas na mesma posição ocupada pelo falecido e, como será visto, respondem nos limites das forças da herança³⁴⁵.

Seria possível objetar que, de acordo com a primeira corrente, restritiva, a norma não poderia ser aplicada em sua literalidade porque seria contrária, por assim dizer, à natureza das coisas, isto é, não teria como transformar em transmissível algo que, por sua natureza, seria intransmissível. Nessa linha, para tentar demonstrar o absurdo latente na tese da ampla transmissão, Fábio Ulhoa Coelho se utiliza de dois exemplos: o da viúva de segundas núpcias que teria de pagar alimentos à ex-cônjuge do primeiro casamento do *de cuius*; ou o da filha que se tornaria devedora de alimentos ao companheiro de sua mãe

³⁴³ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 208.

³⁴⁴ Cf. o item 1.2 supra.

³⁴⁵ No direito português, há situação em parte similar à previsão do nosso art. 1.700, consistente no chamado apanágio do cônjuge sobrevivente (Código Civil português, art. 2.018º), que é o direito de o cônjuge viúvo ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido. Zeno Veloso faz menção à posição do jurista português José de Oliveira Ascensão, segundo a qual não se trata de instituto sucessório, mas direito próprio do cônjuge a alimentos e que só repercute em matéria de sucessões por constituir encargo da herança (VELOSO, Zeno, cit., vol. XVII, Atlas, 2003, p. 42; e ASCENSÃO, José de Oliveira, cit., p. 340). José Antônio de França Pitão também entende não ser propriamente um direito sucessório, mas antes um direito familiar, em matéria de alimentos, tanto que tratado no livro do direito de família, no título de alimentos (PITÃO, José Antônio de França. *A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual Direito Sucessório Português*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 16-17). Respeitadas essas opiniões, nos parece que, embora o conteúdo seja alimentar, vinculado à necessidade do alimentando, a transmissão do débito se opera por sucessão *causa mortis*. Não há como negar essa natureza sucessória em obrigação que pesava sobre o *de cuius* e que é transmitida a seus herdeiros. A afirmação de que seria direito próprio do cônjuge sobrevivente — ou de qualquer outro credor dos alimentos, em nosso direito, acrescente-se — não justifica a conclusão de que não seria direito sucessório, pois, como visto, os sucessores passam a ocupar a mesma posição do *de cuius* como devedor dos alimentos, nos limites das forças da herança; e o credor, ao receber crédito a ser exercitado contra a herança, assume posição característica de legatário, como será visto adiante.

falecida, com o qual esta conviveu alguns anos após ter enviuvado³⁴⁶. Respeitada essa opinião, não são situações a justificar perplexidade, pois, como será visto a seguir, o pagamento dos alimentos é realizado nos limites das forças da herança, ou seja, o patrimônio deixado pelo *de cujus* é que responde pelo débito e, além disso, exige-se obrigação de prestar alimentos existente ao tempo da abertura da sucessão, não se transmitindo o dever de prestar alimentos em sua potencialidade.

Assim, e retomando os dois exemplos, se o *de cujus* pagava alimentos à primeira esposa, de quem havia se divorciado, mantendo-se ela necessitada após o óbito, e havendo ativos suficientes no acervo para suportar a permanência dos alimentos, sem desfalcando substancialmente os bens da herança, a solução que parece mais adequada, mais afinada com a projeção da solidariedade familiar além da morte (cf. o item 4.4), é a da manutenção dos alimentos mesmo após a partilha. No caso da filha valem as mesmas considerações, isto é, se o companheiro era dependente econômico da falecida, a quem ela supria com alimentos espontaneamente, não tendo ele meios de prover a própria subsistência (por alguma invalidez, por idade avançada aliada a desemprego, inexistência de aposentadoria etc.), havendo recursos suficientes no ativo hereditário, parece compreensível e razoável a opção do legislador pela transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos. O caráter personalíssimo da obrigação alimentar não se transmite aos herdeiros, o que seria contrassenso, mas se projeta no patrimônio deixado pelo *de cujus*, expressão de sua personalidade.

Não há, ao contrário do aventado, violação ao direito fundamental à herança assegurado pela Constituição, pois o crédito que se confere ao alimentando, a ser exercido em face da herança, constitui, como será visto no item seguinte, legado *ex lege*, ou seja, é herança igualmente, na acepção ampla do termo, incluindo herança e legado³⁴⁷. O crédito de alimentos não é, portanto, algo externo à herança. A redução de quinhões de herdeiros, para atendimento de legados *ex lege*, é aspecto inerente à transformação pela qual vem passando o sistema sucessório, combinando distintas técnicas de tutela sucessória, como abordado no item 9.5.

10.4. Legado necessário de alimentos.

³⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 208.

³⁴⁷ Cf. o item 1.3 supra.

Em continuidade à obrigação que existia ao tempo da abertura da sucessão, a lei confere ao alimentando o direito de reclamar alimentos dos sucessores do *de cujus*. Do ponto de vista do alimentando, não há sucessão propriamente, no sentido de transmissão de direitos e obrigações existentes no patrimônio do sucedido. O credor dos alimentos não dá continuidade às relações jurídicas do falecido, não assume o ativo e o passivo, somente recebe direito de crédito de alimentos a onerar a herança. É situação característica de legado obrigatório, aquele pelo qual se confere ao legatário não bem ou crédito existente no patrimônio do sucedido, mas crédito a ser exigido do sucessor onerado, hipótese em que existe legado, mas não há sucessão³⁴⁸. O crédito que se reconhece ao alimentando, pela incidência do art. 1.700, configura legado *ex lege*, porque deriva diretamente da lei, sem interferência da vontade do autor da herança.

A revelar que o crédito de alimentos atribuído por força da lei tem essa natureza de legado, recorde-se haver situação similar na sucessão testamentária, consistente na faculdade que se confere ao testador de instituir legado de alimentos (Código Civil, art. 1.920), hipótese que guarda similaridade com a do art. 1.700, a confirmar que, neste, o beneficiário recebe crédito como legatário³⁴⁹.

Cuidando-se de legado a onerar sucessores do devedor por imposição legal

³⁴⁸ Cf., nesse sentido, a classificação dos legados apresentada por Massimo Bianca, referida no item 2.3, relacionando o legado de alimentos dentre as hipóteses de legado obrigatório; e, no item 2.4, a observação de Guido Capozzi, de que no legado obrigatório, como é o caso do de alimentos, não há sucessão propriamente.

³⁴⁹ Segundo o art. 1.920 do Código Civil, instituído por testamento: “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”. Conforme comentários de Carlos Maximiliano em face da norma idêntica do Código de 1916, cabe ao testador estipular o montante dos alimentos, prevalecendo sua vontade ainda que o valor seja excessivo ou deficiente, desde que não prejudique herdeiros necessários. Em falta de previsão pelo autor da herança, o arbitramento é feito pelo juiz, observando as regras do direito de família, tendo em conta os parâmetros da norma acima transcrita, considerando também o costume do *de cujus* ao sustentar o alimentando, as necessidades deste e as forças da herança. Assim, no exemplo apresentado pelo autor, se em vida o hereditando sustentava o beneficiado, propiciando-lhe auxílios periódicos, essa será a base para o arbitramento judicial, salvo se desproporcional ao montante do espólio. Não havendo previsão diversa do testador (subordinando os alimentos a termo final anterior ou à cessação das necessidades do alimentando), o legado de alimentos é vitalício, exceto se, vinculado pelo testador à renda de um imóvel ou de determinado capital por exemplo, venham a perecer por alguma razão. Morto o beneficiado, extingue-se o legado, devidas a seus sucessores as prestações pretéritas. Se a morte é do obrigado, seus sucessores devem continuar a pagar os alimentos testamentários. Pela natureza alimentar, não cabe renúncia do legado de alimentos (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. II, 1964, p. 351-356). Na doutrina italiana, há divergência a respeito da exigência de estado de necessidade do alimentando para a subsistência do legado testamentário de alimentos, prevalecendo o entendimento, inclusive na Corte de Cassação, de que, caracterizado o intento do testador de legar alimentos, ficam subordinados ao estado de necessidade, ao contrário do que se dá quando o legado é de renda vitalícia que independe da situação financeira do legatário (cf. CAPPOZZI, Guido, cit., Tomo II, p. 1198; e BIANCA, Massimo, cit., p. 793). Se o legado de alimentos, nos termos do art. 1.920, tem por finalidade suprir as referidas necessidades do alimentando, parece possível sustentar que também entre nós fica condicionado ao efetivo estado de necessidade do credor, desde que evidenciada a intenção do testador de efetivamente legar alimentos e não renda vitalícia.

imperativa, tendo por objeto alimentos, cuida-se de sucessão necessária, pois seria contrassenso admitir sua exclusão por vontade do autor da herança.

Essas conclusões têm respaldo em situação similar do direito italiano, dos parágrafos 1º e 2º do art. 548 do Código Civil italiano. Ao contrário do cônjuge não culpado pela separação judicial, que mantém os mesmos direitos sucessórios do cônjuge não separado³⁵⁰, o considerado culpado pela separação judicial, com sentença transitada em julgado, perde os direitos sucessórios, exceto a um *assegno* vitalício se, ao tempo da abertura da sucessão, gozava de alimentos a cargo do falecido³⁵¹. Esse artigo faz parte do livro das sucessões e, mais especificamente, do capítulo que trata dos legitimários, da sucessão necessária. Doutrinadores italianos consideram ter o *assegno* natureza de legado *ex lege* por ser assemelhado ao legado de alimentos por testamento, mas com origem na lei³⁵². A Lei italiana 898/1970, que regula o divórcio, em seu art. 9-bis, também prevê *assegno* ao cônjuge sobrevivente, tendo como pressupostos a necessidade do ex-cônjuge e o reconhecimento de seu direito a alimentos pós-matrimoniais, direito esse que desempenha função alimentar e assistencial, também com natureza jurídica, segundo doutrinadores italianos, de legado *ex lege*³⁵³.

Seria possível objetar que, no direito italiano, o Código explicitamente dispõe do

³⁵⁰ É situação diversa da existente em nosso direito, em que o trânsito em julgado da separação judicial ou do divórcio exclui o direito sucessório do cônjuge como herdeiro, não importando se culpado ou não pelo desfazimento do casamento (Código Civil, art. 1.830).

³⁵¹ No direito brasileiro, aplicado o art. 1.700, o ex-cônjuge, credor de alimentos do *de cuius*, poderá igualmente reclamar a continuidade de seu crédito após a abertura da sucessão, cobrando-o dos sucessores do devedor.

³⁵² Confirma-se a opinião de Massimo Bianca: “La natura assistenziale non esclude tuttavia che l’assegno abbia anche natura successoria. L’assegno ha natura successoria in quanto la sua attribuzione ha causa nella morte del coniuge separato e nell’esigenza di regolare i rapporti patrimoniali del defunto. Più precisamente, l’assegno può qualificarsi come un legato. Il fenomeno è assimilabile all’ipotesi del legato alimentare disposto per testamento. Ma a differenza del legato alimentare testamentario, l’assegno a favore del coniuge separato è un legato che ha titolo nella legge e si determina secondo i criteri fissati da essa. Tale assegno può quindi definirsi come un legato assistenziale *ex lege*” (BIANCA, Massimo, cit., p. 233-234). Guido Capozzi, igualmente, salienta que o *assegno* vitalício ao cônjuge culpado é hipótese típica de legado *ex lege*, ou mais especificamente, legado de alimentos *ex lege* (CAPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 631-632; e, cit., Tomo II, p. 1111-1112). No mesmo sentido: PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*, Tomo I, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2000, p. 468; e BASSINI, Giovanni Francesco. I Diritti Successorii del Coniuge Separato, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 205.

³⁵³ BIANCA, Massimo, cit., p. 307-308; PALAZZO, Antonio, cit., p. 468; BONILINI, Giovanni. I Diritti Successorii del Coniuge Divorziato, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 251. Guido Capozzi afirma que, no caso do cônjuge divorciado, seria uma hipótese anômala de legado *ex lege*, porque em favor de pessoa não mais integrante da família, ampliando o rol de sucessíveis, com finalidade diversa da perseguida pela sucessão legítima (CAPOZZI, Guido, cit., Tomo II, p. 1112). Sobre essa possibilidade no direito brasileiro, de contemplação com legados *ex lege* de pessoas que não figuram na ordem da vocação hereditária, confira-se o item 5.1 supra.

tema no livro das sucessões e no capítulo sobre os legitimários, ao passo que o art. 1.700 do Código brasileiro é disposição de subtítulo com a designação, “Dos Alimentos”, no Livro “Do Direito de Família”. A simples colocação da matéria em tal ou qual livro ou seção do Código Civil, no entanto, não é suficiente para transmutar sua natureza. Como visto, o crédito que se transmite é de caráter assistencial, alimentar, mas a natureza da transmissão é de sucessão hereditária, operando-se a título singular, como legado *ex lege*, constituindo hipótese de sucessão necessária. Os sucessores onerados, igualmente, recebem a obrigação por transmissão *causa mortis*.

A definição da natureza do direito de crédito transmitido como legado necessário *ex lege* acarreta importantes consequências abordadas na sequência.

10.5. Transmissão limitada às forças da herança.

O art. 23 da Lei 6.515/1977 fazia remissão ao art. 1.796 do Código de 1916, explicitando que os herdeiros do devedor respondiam pelos alimentos nos limites das forças da herança. O art. 1.700 não menciona o art. 1.997, correspondente no Código de 2002 ao referido art. 1.796. Indaga-se se a falta de remissão teria sido intencional, isto é, se os herdeiros do devedor teriam passado a responder pelos alimentos não só com o quinhão hereditário, mas com seus próprios patrimônios. A opinião doutrinária prevalecente é a de que não havia necessidade de remissão ao art. 1.997, uma vez que constitui como que princípio geral do direito das sucessões a previsão do art. 1.792, complementada pelo art. 1.997, de que os herdeiros não respondem pelo passivo deixado pelo *de cujus* além das forças da herança³⁵⁴.

Caso se admitisse a transmissão ilimitada, ocorreriam situações aberrantes, como a do *de cujus* que pagava alimentos a um irmão necessitado, ocorrendo a transmissão dessa obrigação a seus filhos na abertura da sucessão, passando esses herdeiros, sobrinhos do credor dos alimentos, a responder com seus próprios bens, esgotada a herança, pelo

³⁵⁴ Nesse sentido: CAHALI, Yussef Said, cit., p. 81; VELOSO, Zeno, cit., vol. XVII, Atlas, 2003, p. 40; OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros, In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 282-283; CARVALHO FILHO, Milton Paulo, cit., p. 1966; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.) *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito de família – direito patrimonial*, vol. XV. Rio de Janeiro: *Forense, 2005, p. 343; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, vol. 6, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 370; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon, cit., p. 595; MADALENO, Rolf, cit., p. 647; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*, vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 450.

pagamento da pensão ao tio. Essa possibilidade acarretaria distorção no sistema, pois a obrigação alimentar entre parentes não passa do segundo grau (Código Civil, art. 1.697). Nesse caso, por sucessão hereditária, o tio poderia exigir alimentos dos sobrinhos, apesar de serem parentes de terceiro grau, direito que não lhe assistia em vida do *de cujus*, o que parece configurar incongruência incontornável.

10.6. Transmissibilidade dos alimentos entre cônjuges, companheiros e parentes.

Parcela da doutrina sustenta que, apesar da redação genérica do art. 1.700, seria aplicável somente a alimentos entre cônjuges e companheiros, pois os demais parentes podem pedir alimentos entre si, tornando desnecessária a transmissibilidade³⁵⁵. Parece mais acertada, no entanto, a posição de que, sendo norma genérica, sem limitações, aplica-se a todos os tipos de obrigação alimentar derivados do Direito de Família.

É o que também se depreende da remissão pelo art. 1.700 ao art. 1.694, este a contemplar direito a alimentos não só entre cônjuges e companheiros, mas também entre parentes. Essa remissão ao art. 1.694 teria sido útil justamente para dissipar essa questão, deixando clara a inclusão no art. 1.700 de todo tipo de obrigação alimentar de Direito de Família³⁵⁶. A transmissão opera, portanto, em favor daqueles contemplados no art. 1.694, c.c. art. 1.697, ambos do Código Civil, ou seja, tem por objeto os alimentos entre cônjuges e companheiros, ou parentes de até segundo grau em relação ao *de cujus*.

A obrigação de pagar alimentos em razão de responsabilidade civil, de natureza indenizatória, também se transmite com a herança, como dispõe o art. 943 do Código Civil, devidos nos limites das forças da herança, como pagamento de dívidas deixadas pelo *de cujus*, regido pelo art. 1.997, mas não se submete aos aspectos específicos do regime do art. 1.700 tratado neste capítulo.

O argumento de que, entre parentes, a norma do art. 1.700 seria inócua, não parece procedente, pois, no exemplo citado no item anterior, o tio não poderia pedir alimentos diretamente ao sobrinho e, permanecendo necessitado, sem poder prover a própria subsistência, poderia não ter a quem recorrer, somente à herança deixada pelo irmão que

³⁵⁵ Rolf Madaleno cita, nesse sentido, as opiniões de Regina Beatriz Tavares da Silva e de Renata Raupp Gomes (MADALENO, Rolf, cit., p. 645).

³⁵⁶ Nesse sentido: PEREIRA, Sérgio Gisckow, cit., p. 266; MADALENO, Rolf, cit., p. 644-645; NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*, cit., p. 437; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*, cit., p. 449; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, cit., vol. XV, 2005, p. 343.

lhe pagava pensão, mediante aplicação do art. 1.700.

Não obstante, o Projeto de Lei 699/2011, reapresentação dos Projetos 6.960/2002 e 276/2007, propõe alteração na redação do art. 1.700, para que a transmissibilidade seja restrita aos alimentos entre cônjuges e companheiros, nos limites das forças da herança, e desde que o credor não seja coerdeiro, excluindo-se, portanto, a transmissão da obrigação nos alimentos entre parentes.

Parece razoável, ainda quanto a esse tema, a interpretação de que, segundo análise a ser promovida caso a caso, possa ser excluída a obrigação de prestar alimentos pelo sucessor do *de cujus*, nos casos em que não seria devedor de alimentos pessoalmente (como no exemplo entre tio e sobrinho), se houver outros parentes do alimentando, de grau mais próximo, em condições de provê-los. Não parece razoável, por exemplo, que esse irmão do *de cujus* possa exigir alimentos sobre os bens hereditários recebidos pelos sobrinhos, se tiver outro irmão em condições de sustentá-lo. Ou, ainda, não seria razoável obrigar filhos do segundo casamento do falecido a pagar alimentos à ex-cônjuge, do primeiro casamento, se ela puder reclamá-los de seus próprios filhos, maiores e autossuficientes³⁵⁷.

10.7. Possibilidade da cumulação da posição de herdeiro com a de legatário dos alimentos.

Parcela importante da doutrina reputa ser incompatível o pleito de crédito de alimentos por aquele que recebeu parcela da herança como herdeiro, uma vez que o quinhão na herança seria suficiente para atendimento de suas necessidades³⁵⁸. Sob esse fundamento, houve pronunciamento jurisprudencial no sentido de que os alimentos do art. 1.700 seriam devidos somente até a partilha dos bens deixados pelo *de cujus*, pois, recebido o quinhão hereditário pelo alimentando, desapareceria a necessidade do credor³⁵⁹.

³⁵⁷ Em situação similar no direito argentino, do art. 208 de seu Código Civil, que prevê prestação alimentar ao cônjuge enfermo, dependente de álcool ou drogas, a cargo da herança, Eduardo A. Zannoni observa que, embora a lei não estabeleça relação de subsidiariedade, não seria razoável impor a obrigação a sucessores sem relação de parentesco com o alimentando, tendo estes parentes a quem possa recorrer (ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 466-467).

³⁵⁸ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., vol. 6, 2008, p. 371; e VELOSO, Zeno, cit., vol. XVII, Atlas, 2003, p. 40.

³⁵⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald citam julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi afirmado que: "... os alimentos subsistirão apenas enquanto não se consumir a partilha, pois, a partir desse momento desaparecerá, sem dúvida, a necessidade do alimentado" (Ap. 70007905524, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 22.12.2004) (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cit., p.

Pondera-se, também, que a possibilidade de cumulação de alimentos com quinhão na herança desigualaria herdeiros, em violação da isonomia que deveria reinar entre eles, de modo que os alimentos recebidos até a partilha deveriam ser abatidos do quinhão do herdeiro na partilha³⁶⁰.

Maria Helena Diniz pondera não ser possível descartar, em tese, a cumulação da posição de credor de alimentos com a de herdeiro. Ela ilustra sua posição com exemplo de neto de dois anos de idade que, pela pré-morte de seu pai, recebe na sucessão do avô, por direito de representação, um sexto da legítima, cabendo cinco sextos a cinco outros filhos do falecido, recebendo estes, ainda, por testamento, a totalidade da parte disponível. O quinhão do neto pode ser insuficiente para sua subsistência e ele, sem outros parentes, não poderia reclamar alimentos dos coerdeiros, tios dele, pois o parentesco é de terceiro grau, limitada a obrigação alimentar, como visto, ao segundo grau. Como argumenta a mencionada jurista, nessa hipótese, demonstrada a necessidade apesar do quinhão hereditário recebido, deve ser assegurada a continuidade da posição de credor de alimentos³⁶¹.

Reputamos correta essa última posição doutrinária, ou seja, a condição de herdeiro deve ser levada em conta para aquilatar a situação de necessidade do credor após a abertura da sucessão, podendo tornar desnecessários os alimentos — o que provavelmente ocorrerá na maioria das situações —, mas não se pode descartar de forma prévia e genérica a possibilidade de haver casos como o do exemplo nos quais, apesar do quinhão recebido, possa se justificar complementação de alimentos após a partilha³⁶².

596). Essa orientação jurisprudencial é criticada por Sérgio Gischkow Pereira, porque, em seu entender, destruiria a razão de ser da transmissibilidade (PEREIRA, Sérgio Gischkow, cit., p. 268). Rolf Madaleno também a considera insustentável, pois sujeitaria a necessidade de alimentos à maior ou menor celeridade no inventário (MADALENO, Rolf, cit., p. 645-646).

³⁶⁰ Esse é o argumento de Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenthal (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENTHAL, Néelson, op. cit., p. 596-597). Rolf Madaleno também considera necessária compensação entre os alimentos e o quinhão na herança (MADALENO, Rolf, op. cit., p. 646). Maria Berenice Dias faz menção a julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (EI 70011849072, rel. Des. Rui Portanova, j. 08.07.2005) que considerou descabido o abatimento dos alimentos pagos até a partilha sobre o quinhão hereditário do alimentado (DIAS, Maria Berenice, cit., p. 457). Como salientado no item 10.3 supra, em comentário à posição de Fábio Ulhoa Coelho, caso se admita a compensação, os alimentos representariam mero adiantamento de herança e não direito próprio, a acarretar, em última análise, intransmissibilidade da obrigação de prestar alimentos, o que, em nosso entender, como visto, significaria violação do art. 1.700.

³⁶¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 5. Direito de família, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 546-547.

³⁶² Nessa linha, julgado do Superior Tribunal de Justiça, em voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, assentou serem devidos alimentos ao filho menor do *de cujus*, que não estava na posse e administração dos bens do espólio, até que se efetivasse a partilha, a partir da qual, recebido seu quinhão hereditário, “presumivelmente” bastaria para suprir suas necessidades, podendo fazer cessar os alimentos (REsp 219.199/PB, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 2ª Seção, j. 10/12/2003). Pelo que se depreende do julgado, não foi descartada, em tese, a

Essa possibilidade, em tese, de cumulação de quinhão hereditário e crédito de alimentos não parece acarretar violação da isonomia entre coerdeiros, ao contrário da posição doutrinária acima mencionada, pois, como no exemplo citado, se houver situação peculiar, de persistência da necessidade de alimentos apesar de recebida porção da herança, justifica-se tratamento jurídico diferenciado entre os coerdeiros, sem violação à isonomia, pois não se trata de distinção arbitrária. Além disso, os títulos sucessórios são distintos e compatíveis, ou seja, o alimentando recebe parte da herança como herdeiro e os alimentos como legatário, cumulação expressamente admitida pelo art. 1.849 do Código Civil.

O Projeto de Lei 699/2011, no entanto, referido no item anterior, propõe alterar a redação do art. 1.700, excluindo expressamente a possibilidade de cumulação da posição de credor dos alimentos com a de coerdeiro³⁶³.

10.8. Obrigação de prestar alimentos contemporânea à abertura da sucessão.

Yussef Said Cahali indaga se anos depois da abertura da sucessão um irmão do *de cujus*, vindo a se tornar necessitado, poderia se voltar contra os herdeiros, seus sobrinhos, cobrando alimentos sobre os bens remanescentes da herança³⁶⁴. Esse jurista recorda observação de Pelissier, segundo a qual, a se admitir essa possibilidade, de o credor poder postular alimentos dez, vinte anos depois da morte do *de cujus*, os herdeiros não se tornariam nunca efetivos proprietários dos bens hereditários, resultando em desordem jurídica³⁶⁵. A partir dessas considerações, o autor sustenta que a obrigação transmissível é a contemporânea à abertura da sucessão, ou seja, se refere a alimentos que, ao tempo da morte do *de cujus*, estavam estabelecidos por convenção ou decisão judicial, ou, pelo menos, que estivessem sendo postulados em ação em curso; ou, ainda, excepcionalmente fora de uma das hipóteses anteriores, em face dos dependentes econômicos do *de cujus* e que vinham sendo assistidos por ele de modo espontâneo³⁶⁶. Em suas palavras: “Parece-nos inadmissível a ampliação do art. 1.700 no elastério do art. 1.696, para entender-se

possibilidade de os alimentos permanecerem devidos após a partilha, a depender da análise da situação do alimentando a partir do recebimento de seu quinhão na herança.

³⁶³ Confira-se a redação sugerida pelo Projeto: “Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos decorrente do casamento e da união estável transmite-se aos herdeiros do devedor, nos limites das forças da herança, desde que o credor da pensão alimentícia não seja herdeiro do falecido”.

³⁶⁴ CAHALI, Yussef Said, cit., p. 80.

³⁶⁵ Ibid., p. 76.

³⁶⁶ Ibid., p. 80-81. Nesse sentido, de que a transmissibilidade pode ter por objeto alimentos que não foram objeto de decisão judicial, mas vinham sendo cumpridos espontaneamente, a opinião de: OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: [...], cit., 2005, p. 288.

como transmitido o ‘dever legal’ de alimentos, na sua *potencialidade* (e não na sua *atualidade*), para abrir ensanchas à pretensão alimentar deduzida posteriormente contra os herdeiros do falecido parente ou cônjuge”³⁶⁷.

Essas conclusões são as mais adequadas ao fato de que a transmissão da obrigação de prestar alimentos tem natureza da sucessão hereditária, de transmissão de direitos e obrigações do sucedido ao sucessor, com a mesma identidade³⁶⁸. Não parece se conformar a essa natureza a transmissão da potencialidade, abstrata e genérica, do devedor para contrair novas obrigações no futuro. Essa potencialidade, sim, é de caráter personalíssimo e intransmissível. Do contrário, a herança permaneceria indefinidamente como se fosse, por assim dizer, patrimônio separado, afeto à eventualidade de pleitos futuros de alimentos, nunca se fundindo de modo pleno ao patrimônio do sucessor, o que parece que acarretaria indesejável insegurança jurídica³⁶⁹.

10.9. Momento a partir do qual se torna exigível o legado necessário de alimentos.

Pelo objeto do legado do art. 1.700, de crédito de alimentos, não é possível aguardar eventual partilha para só então ser efetivado, de modo que o beneficiário pode postular alimentos provisionais ao juízo do inventário, ou por ação própria se houver questões de alta indagação, alimentos a perdurarem até a partilha, com valor a ser revisto caso o beneficiário venha a ser contemplado na partilha com fração da herança ou legado a outro título, reavaliando-se, diante dessa nova realidade, se persiste a necessidade dos alimentos. Aplica-se por analogia a previsão de que as prestações do legado testamentário de alimentos são devidas desde a abertura da sucessão, pagas no início de cada período se o testador não dispuser diversamente (Código Civil, arts. 1.927 e 1.928, § único).

³⁶⁷ CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 80, itálico no original. Nesse rumo, afirmando que o que se transmite é a obrigação de prestar alimentos definida em sentença, ou preexistente, não se transmitindo o dever, em abstrato, de prestar alimentos, as opiniões de: DINIZ, Maria Helena, cit., vol. 5, 2007, p. 546-547; PEREIRA, Sérgio Gischkow, cit., p. 270-271; CARVALHO FILHO, Milton Paulo, cit., p. 1966-1967; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, cit., vol. XV, 2005, p. 343; e MADALENO, Rolf, cit., p. 647. Julgado do Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese da necessidade de condenação prévia do autor da herança a prestar alimentos para que possa haver a transmissão do art. 1.700 (REsp 775.180/MT, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. 15/12/2009).

³⁶⁸ Cf. o item 1.1 supra.

³⁶⁹ Recorde-se, em reforço, a observação de Madalena Cinque, citada no item 4.4 supra, a respeito de sistemas como o inglês, em que a sucessão necessária é representada por crédito de alimentos a ser reclamado judicialmente após a abertura da sucessão, nos quais, segundo a autora, por óbvia eficiência do sistema, o que se considera é a situação do necessitado de alimentos ao tempo da abertura da sucessão, sem a possibilidade de atendimento de necessidades futuras.

10.10. Impossibilidade de renúncia ao legado necessário de alimentos.

O art. 1.707 do Código Civil dispõe que: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. É de se indagar se essa vedação de renúncia ao direito a alimentos leva, por extensão, à vedação de renúncia ao legado *ex lege* de alimentos. Pela natureza alimentar do crédito, parece não ser cabível a renúncia³⁷⁰. Questão diversa é a já examinada, no sentido de que a obrigação que se transmite é a contemporânea à abertura da sucessão e não o dever abstrato e potencial de prestar alimentos, de modo que o alimentando não pode invocar necessidade futura, posterior ao óbito do *de cuius*, para postular alimentos dos sucessores.

10.11. Os sucessores onerados com a obrigação de prestar alimentos.

Quanto aos onerados com o pagamento dos alimentos, o art. 1.700 dispõe que são os “herdeiros”, mas Yussef Said Cahali pondera que o legislador não teria sido técnico, visto que não há razão para exclusão de legatários³⁷¹. Cristiano Chaves de Farias e Nélsion Rosenvald sustentam que a obrigação atinge herdeiros, legítimos e testamentários, bem como legatários³⁷². Rolf Madaleno adota essa posição, explicitando que mesmo herdeiros necessários estariam dentre os obrigados³⁷³.

Debate similar se verifica na Itália a respeito do já referido *assegno* vitalício ao cônjuge culpado pela separação judicial, pois a norma que o contempla, o art. 548, § 2º, do Código Civil italiano, não indica com clareza os sujeitos obrigados³⁷⁴. Os questionamentos

³⁷⁰ A reforçar essa conclusão, recorde-se o comentário de Carlos Maximiliano a respeito do legado testamentário de alimentos, reputando-o, em razão do objeto, irrenunciável (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. II, 1964, p. 355).

³⁷¹ CAHALI, Yussef Said, cit., p. 75.

³⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélsion, cit., p. 595.

³⁷³ MADALENO, Rolf, cit., p. 647.

³⁷⁴ Confira-se o teor do segundo parágrafo do art. 548 do Código Civil italiano: “Il coniuge cui è stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato ha diritto soltanto ad un assegno vitalizio se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto. L'assegno è commisurato alle sostanze ereditarie e alla qualità e al numero degli eredi legittimi, e non è comunque di entità superiore a quella della prestazione alimentare goduta. La medesima disposizione si applica nel caso in cui la separazione sia stata addebitata ad entrambi i coniugi”. Como já examinado, trata-se de direito sucessório de caráter alimentar que assiste ao cônjuge culpado pela separação desde que, ao tempo da abertura da sucessão, estivesse gozando alimentos a cargo do cônjuge falecido. Como visto, esse direito tem natureza, afirmada pela doutrina italiana, de legado *ex lege* de alimentos, hipótese de sucessão necessária. Em sua parte final, o parágrafo estabelece que o *assegno* é calculado em proporção à substância hereditária e à qualidade e ao número de herdeiros legítimos, não podendo ser superior à prestação alimentar que era paga

suscitados por essa omissão podem servir de roteiro para o aprofundamento que o tema parece merecer no direito brasileiro, sob a ótica do direito das sucessões. São as seguintes questões, em resumo, abordadas pela doutrina italiana:

a) pondera-se que os sujeitos obrigados ao pagamento do *assegno* não podem ser somente os herdeiros legítimos, ainda que o art. 548 somente a eles faça referência, pois se trata de norma imperativa, aplicável mesmo contra o testamento, e, portanto, a incidir também sobre herdeiros testamentários³⁷⁵;

b) o mesmo argumento do caráter cogente da norma justifica a inclusão dos legatários no rol dos obrigados ao *assegno*. Do contrário, bastaria ao testador dispor de todo o patrimônio por meio de legados para frustrar o direito a alimentos³⁷⁶;

c) discute-se se os donatários se incluem entre os devedores. A resposta de uma corrente é negativa, pois o art. 548 dispõe que o *assegno* não pode ser de valor superior à pensão que era paga pelo *de cuius* e, em vida dele, o cônjuge alimentando não poderia fazer valer seu crédito sobre bens doados pelo alimentante, não poderia exigir arbitramento dos alimentos com consideração desses bens que não mais compunham o patrimônio do devedor³⁷⁷. Outra corrente inclui o donatário sob o argumento de que, do contrário, o autor da herança poderia dispor de todo o patrimônio, esvaziando a proteção imperativa visada pelo *assegno*³⁷⁸;

d) no aspecto mais relevante para os fins do presente estudo, diverge a doutrina quando há vários sucessores em tese coobrigados ao pagamento do *assegno*. Uma corrente sustenta que todos eles, não importando a qualificação, mesmo legitimários, respondem igualmente, em proporção à cota hereditária recebida, de modo que são oneradas proporcionalmente a cota de reserva e a porção disponível³⁷⁹. Outra corrente argumenta que, se há concorrência entre herdeiros testamentários, legatários e legitimários, o legado

pelo *de cuius*. A referência à qualidade e ao número de herdeiros legítimos decorre do fato de que o *assegno* será tanto menor quanto mais próximos do *de cuius* forem esses herdeiros (será de valor mínimo, por exemplo, se os herdeiros forem descendentes, e de grau máximo, se colaterais do grau mais distante). Também será tanto menor quanto maior for o número de herdeiros, visto que cada um responde em proporção a seu quinhão na herança e, se forem muitos, dividindo-se a herança em vários quinhões, o valor do *assegno* se reduz na mesma razão. Há referência somente a herdeiros legítimos, porque, no caso de sucessores instituídos por testamento, herdeiros ou legatários, a qualidade e o número são irrelevantes, pois, do contrário, para evitar o *assegno*, o testador poderia instituir inúmeros sucessores testamentários, tornando irrisório o valor (cf. PALAZZO, Antonio, cit., p. 465; e CAPPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 416).

³⁷⁵ Cf. CATTANEO, Giovanni. La vocazione necessaria e la vocazione legittima, cit., p. 424.

³⁷⁶ Ibid., p. 424.

³⁷⁷ Ibid., p. 424-425.

³⁷⁸ BUCELLI, Andrea, cit., p. 102.

³⁷⁹ Guido Capozzi relaciona, nesse sentido, as opiniões de Luigi Mengoni e de Antonio Palazzo (CAPPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 415).

ex lege de alimentos onera preferencialmente a porção disponível e, somente se a renda por ela produzida não for suficiente, se admite incida sobre a indisponível³⁸⁰. Ainda há doutrina que, sob o fundamento da intangibilidade da legítima, entende que não pode ser gravada com o *assegno*³⁸¹;

e) na linha da corrente acima mencionada, que faz distinção entre os títulos de designação sucessória, pondera-se em acréscimo que, se há concorrência entre herdeiros testamentários e herdeiros legítimos facultativos, o *assegno* onera preferencialmente estes últimos, posição que assegura, nesse conflito, a prioridade da vontade do testador³⁸²;

f) por fim, discute-se se o cônjuge favorecido pelo *assegno*, legitimário como todos os outros, estaria obrigado a trazer à colação o que havia recebido do *de cuius* a título de doação, promovendo-se o abatimento³⁸³.

Sendo esses os principais aspectos tratados pela doutrina italiana e transpondo essa discussão para o direito brasileiro, parece ser possível assentar o seguinte à luz de nosso ordenamento:

1) Em relação à inclusão de herdeiros e legatários testamentários dentre os onerados, a posição doutrinária apontada coincide com a da doutrina brasileira antes mencionada. De fato se justifica considerar onerados os sucessores testamentários, pois também no Brasil o legado *ex lege* de alimentos constitui hipótese de sucessão necessária, sobrepondo-se ao testamento e, portanto, àqueles por ele contemplados, herdeiros ou legatários. Por essa circunstância, é de se interpretar a expressão “herdeiros” do art. 1.700 como imprecisão técnica, constituindo, na verdade, referência genérica a todo tipo de sucessor, incluindo legatários.

2) Quanto à concorrência entre sucessores com títulos distintos — herdeiros e legatários necessários, herdeiros e legatários testamentários, e herdeiros legítimos facultativos —, é de se indagar se em nosso ordenamento também seria admissível

³⁸⁰ Giovannni Cattaneo defende essa solução por analogia com a expressa previsão do art. 540, § 2º, do Código italiano, pela qual o direito de habitação da residência familiar e o de uso dos móveis que a guarnecem oneram preferencialmente a porção disponível, incidindo sobre a indisponível somente se aquela não for suficiente (CATTANEO, Giovanni, cit., p. 425). No mesmo sentido: BASSINI, Giovanni Francesco, cit., p. 221-224. Observe-se que, no direito brasileiro, não há previsão similar, de incidência preferencial do direito real de habitação sobre a porção disponível (Código Civil, art. 1.831).

³⁸¹ Andrea Bucelli argumenta que, em razão da intangibilidade da legítima, não pode ser reduzida pelo *assegno*, de modo que os legitimários só respondem sobre o que recebem além da porção indisponível (BUCELLI, Andrea, cit., p. 103).

³⁸² Cf. CATTANEO, Giovanni, op. cit., p. 425; e BASSINI, Giovanni Francesco, op. cit., p. 224.

³⁸³ Guido Capozzi relata que, segundo Luigi Mengoni, essa imputação é devida, por ser o cônjuge legitimário como os demais, mas aponta posição divergente, de G. Gabrielli, a não admitir compensação ante a natureza alimentar do crédito (CAPPOZZI, Guido, cit., Tomo I, p. 415-416).

estabelecer alguma relação preferencial como a defendida pela mencionada corrente doutrinária na Itália. Ou se, ao contrário, na linha da outra corrente, todos os sucessores, não importando o título, responderiam igualmente, em proporção.

A doutrina brasileira referida no início deste tópico não faz distinção com base nos títulos sucessórios. Não se infere do art. 1.700 nenhuma relação preferencial. Esses aspectos poderiam respaldar a tese de que todos os sucessores respondem igualmente, em proporção aos quinhões hereditários ou legados recebidos.

Mas nos parece que o art. 1.700 não pode ser interpretado isoladamente e sim, por constituir hipótese de sucessão hereditária, em sua inter-relação com outras modalidades sucessórias. É preciso verificar, especialmente, como se dá a inter-relação entre o legado legal de alimentos e o direito à legítima.

O art. 1.846 do Código Civil dispõe pertencer aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança. Esse direito à legítima, à metade dos bens da herança, é considerado intangível, ou seja, não pode sofrer limitações por disposições testamentárias, salvo as expressamente previstas em lei, como se dá pela permissão ao testador, havendo justa causa, de gravá-la com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (Código Civil, art. 1.848).

A legítima também pode ser limitada quando em confronto com legados *ex lege* que, por sua natureza, lhe impõem inevitável redução, como na hipótese de concorrência com o direito real de habitação (cf. o exemplo no item 9.5 supra) ou no do crédito a dependentes previdenciários da Lei 6.858, de 24 de novembro de 1980, quando absorve a integralidade da herança ou mais da metade dela.

Além disso, onerar com os alimentos todos os sucessores igualmente, em proporção aos quinhões ou legados recebidos, resultaria em tratamento indistinto para situações que são tratadas pelo próprio legislador com base em diferenciados fundamentos valorativos. Vale dizer, se os fundamentos das modalidades sucessórias são diferenciados, para atendimento de distintos valores do ordenamento, como examinado no Capítulo 4, não parece coerente admitir que todos os sucessores sejam igualmente onerados com os alimentos.

Retomando o exemplo do *de cujus* que prestava alimentos a um irmão, não parece razoável admitir, se houver concorrência entre herdeiros necessários, filhos menores do *de cujus*, e terceiro, herdeiro testamentário da integralidade da porção disponível, que a obrigação de pagar alimentos recaia sobre todos eles indistintamente. O terceiro recebe a

herança como liberalidade nos limites da autonomia privada do testador, ao passo que os filhos recebem a herança pelo menos em parte com função alimentar. No confronto desses valores, não parece aceitável o tratamento igualitário de todos os sucessores.

A partir dessas ponderações, conclui-se que parece ser possível inferir de nosso ordenamento, como princípio subjacente, que a legítima, quando em confronto com outros interesses sucessórios, deve ser preservada o quanto possível. Excetua-se situações de expressa ressalva legal a permitir sua restrição ou se, pelo conflito com outras hipóteses de sucessão necessária, for inevitável reduzir seu alcance. Depreende-se, portanto, a existência de relação hierárquica entre distintos títulos sucessórios, conferindo-se primazia aos interesses dos sucessores necessários.

Em razão disso, parece ser possível considerar pertinentes ao direito brasileiro os argumentos da mencionada corrente da doutrina italiana, ou seja, se a renda produzida pela porção disponível for suficiente para o pagamento do legado *ex lege* de alimentos, deve restar intocada a parte indisponível.

Se insuficiente a porção disponível, pode ser onerada a indisponível subsidiariamente. Atente-se para a afirmação: a indisponível *pode* e não *deve* ser onerada, pois, à luz de cada caso concreto, é preciso realizar juízo de ponderação, examinando-se se o débito de alimentos não é prejudicial à função alimentar desempenhada pela própria legítima.

Para ilustrar essa afirmação, tome-se o mesmo exemplo, em que o credor dos alimentos é irmão do *de cujus*, transmitida a herança necessária a filhos menores. Pelo menos em certa medida, sem dúvida, essa herança necessária desempenha função alimentar. Somente se for de vulto, além das necessidades alimentares dos filhos, é que se poderia, com base no referido juízo de ponderação, admitir a continuidade dos alimentos em favor do irmão do *de cujus*, tio dos herdeiros. É possível, por exemplo, que os alimentos fossem pagos pelo *de cujus* a seu irmão com parte de substanciosos rendimentos como profissional liberal, havendo sobra suficiente para a manutenção dos filhos, mas, com a morte, cessando os rendimentos personalíssimos da atividade profissional, o patrimônio deixado pode não ser suficiente para produzir a mesma renda. Nesse caso, torna-se possível a redução ou até negação da continuidade dos alimentos ao irmão do falecido, porque esses alimentos não se enquadrariam nas possibilidades dos alimentantes, dos filhos herdeiros (Código Civil, § 1º do art. 1.694). Em contrapartida, suponha-se que os alimentos ao irmão do *de cujus* eram pagos com parte de aluguéis de diversos imóveis,

renda essa integralmente preservada após a abertura da sucessão, havendo, nesse caso, plena possibilidade de manter os alimentos, o que justificaria a incidência do art. 1.700.

Ainda tomando como base esse exemplo, suponha-se que os filhos são maiores e autossuficientes, hipótese na qual a sucessão necessária não tem função de atendimento de necessidade alimentar atual. Aplicado o juízo de ponderação, seria caso de dar prevalência à necessidade do legatário alimentando em detrimento da legítima dos descendentes.

Parece ser possível cogitar, ainda, de uma terceira hipótese, a partir do mesmo exemplo, de concorrência entre filhos maiores e autossuficientes, de um lado, e filhos menores e dependentes, de outro. As legítimas dos primeiros e dos segundos têm fundamentos distintos, no segundo caso desempenhando função alimentar imediata, no primeiro não. Seria justificável, em razão dessa diferença, estabelecer tratamento diferenciado, onerando-se preferencialmente os maiores e autossuficientes, preservando-se os menores necessitados da legítima como sucedâneo de alimentos.

Em suma, a obrigação de prestar alimentos transmitida nos termos do art. 1.700 deve onerar preferencialmente a porção disponível, recaindo sobre a indisponível em caso de insuficiência daquela e, ainda assim, desde que, efetuado juízo de ponderação, a continuidade dos alimentos possa ser suportada pelos herdeiros necessários sem prejuízo à função alimentar de suas porções na legítima.

3) Por coerência com o acima exposto, também deve ser levada em conta a hierarquia dos títulos sucessórios na concorrência entre sucessores testamentários e herdeiros legítimos facultativos (estes, no direito brasileiro, são somente os colaterais até o quarto grau – Código Civil, art. 1.850³⁸⁴). Em consequência, e considerando o caráter residual da sucessão legítima intestada, os alimentos oneram prioritariamente os facultativos, subsidiariamente os testamentários.

4) No conflito entre herdeiro testamentário e legado deixado por testamento, os alimentos recaem prioritariamente sobre os herdeiros, onerando os legatários somente se insuficiente a porção atribuída àqueles, aplicando-se as regras dos §§ 1º e 2º do art. 1.967 do Código Civil, segundo as quais, na disciplina da redução das disposições testamentárias, preservam-se preferencialmente os legados, reduzindo-se primeiro os quinhões dos herdeiros testamentários, salvo disposição diversa do testador.

Parece ser possível, ainda, também no conflito entre sucessores testamentários, estabelecer alguma relação preferencial a partir de juízo de ponderação em termos de

³⁸⁴ Como será examinado adiante, consideramos o companheiro sobrevivente herdeiro necessário.

possibilidade para prestar os alimentos. Suponha-se que há dois legatários, um que recebe coisa certa existente no patrimônio deixado pelo *de cujus* e outro, menor, que recebe legado de alimentos nos termos do art. 1.920 do Código Civil. Por coerência, seria justificável onerar o primeiro e preservar os alimentos do segundo.

É possível vislumbrar situação similar no conflito entre dois herdeiros testamentários, como no caso de um que recebe quinhão por amizade com o *de cujus*, por mera liberalidade, e outro, enteado do autor da herança, por este sustentando, evidenciando-se, pelo contexto do testamento, que a deixa ao enteado tem intenção de assegurar seu sustento. Pelos distintos fundamentos da deixa a um e a outro, parece ser possível, igualmente, onerar o primeiro e preservar o segundo.

5) Quanto aos donatários, o art. 544 do Código Civil dispõe que: “A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Por essa natureza de adiantamento de herança, descendentes e cônjuges estão obrigados a trazer à colação o que receberam por doações na sucessão do doador, para igualar as legítimas dos herdeiros necessários concorrentes³⁸⁵. Tome-se o exemplo do pai que tem patrimônio de 100 e doa 20 a um de seus quatro filhos. Quando de sua morte, deixa os 80 remanescentes. O filho donatário terá de trazer à colação os 20 recebidos como adiantamento de herança. Na sucessão, receberá mais 5. Os irmãos, 25 cada um. Igualam-se, assim, as legítimas. Se o donatário fosse onerado com alimentos proporcionais a seu quinhão hereditário de 5, sem se considerar a doação de 20, pagaria menos do que seus irmãos, desigualando-se as legítimas. A função desempenhada pela colação seria violada. Por isso parece melhor a posição doutrinária que reputa necessário levar em conta doações sujeitas a colação.

6) Resta a indagação sobre a necessidade de o alimentando trazer à colação as doações recebidas do *de cujus*, para que sejam descontadas de seu crédito de alimentos. Em nossa opinião, não há essa obrigação no direito brasileiro, porque a colação é feita para igualar as cotas de certos sucessores concorrentes em suas frações como herdeiros, ao passo que os alimentos são devidos como legado e, nos termos do art. 1.849 do Código Civil, não há impedimento à cumulação de cota na legítima com legados.

10.12. Distinção entre pagamento das dívidas do espólio e cumprimento de legado necessário de alimentos.

³⁸⁵ A colação é disciplinada nos arts. 2.002 a 2.006 e 2.008 a 2.011 do Código Civil.

Rolf Madaleno sustenta que a obrigação de alimentos transmitida nos termos do art. 1.700 constitui dívida do espólio a ser paga prioritariamente, só então se verificando se há herança líquida, o que acarreta, em seu entender, a possibilidade de que o crédito de alimentos possa vir a consumir inclusive a integralidade da legítima³⁸⁶. Sérgio Gischkow Pereira, nesse rumo, salienta que, no pagamento dos débitos do *de cuius*, deveria ser assegurada preferência à prestação alimentar, exceto em relação às despesas do inventário, ao imposto de transmissão e à taxa judiciária³⁸⁷.

Não se trata, porém, do pagamento de dívida como operação prévia à apuração de eventual solvência do espólio. A natureza jurídica é outra, de legado obrigatório *ex lege*, no sentido de conferir ao legatário crédito a ser exigido dos sucessores nos limites das forças da herança. Pressupõe, portanto, que os sucessores tenham recebido quinhões hereditários ou legados translativos, sobre os quais o crédito possa ser exigido.

O tema é enfrentado pela doutrina italiana, assentando que não se incluem na operação de pagamento das dívidas os chamados legados obrigatórios³⁸⁸, dentre os quais o legado testamentário de alimentos e o legado *ex lege* representado pelo *assegno* ao cônjuge separado com culpa. Argumenta-se que, ao contrário das dívidas, que são suportadas pelo espólio, os legados dessa natureza oneram os herdeiros³⁸⁹.

Seria impensável, de qualquer modo, por exemplo, que alimentos devidos a irmão maior e capaz do *de cuius* pudessem consumir a legítima de filhos menores deste, ou o imóvel objeto de direito real de habitação em favor da viúva, hipóteses essas de sucessão necessária nas quais pode ficar evidenciado igual caráter alimentar, a justificar análise em termos de prioridade e preferência.

Em suma, o pagamento das dívidas é operação que, na dinâmica sucessória, se verifica em momento anterior à concretização da obrigação de prestar alimentos pelos sucessores. O crédito de alimentos conferido pelo art. 1.700 não goza de preferência ou prioridade, necessariamente, sobre outras hipóteses de sucessão necessária. O estabelecimento de eventual preferência ou prioridade de uma ou outra previsão de sucessão imperativa depende da análise das circunstâncias caso a caso.

³⁸⁶ MADALENO, Rolf, cit., p. 647.

³⁸⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow, cit., p. 269.

³⁸⁸ Cf. a classificação dos legados pela doutrina italiana, citada no item 2.3 supra.

³⁸⁹ Cf. PALAZZO, Antonio, cit., p. 532; CATTANEO, Giovanni, cit., p. 402; TULLIO, Antonio. Il Calcolo della Legittima, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 424.

10.13. Incidência da obrigação de prestar alimentos sobre todo o acervo hereditário e não somente sobre os frutos dos bens transmitidos.

Há entendimento doutrinário de que a obrigação alimentar somente incidiria sobre os frutos dos bens transmitidos, de modo que, não havendo bens que produzam frutos, não haveria como exigir o crédito de alimentos. Argumenta-se que, se houvesse necessidade de alienação de bens para o cumprimento da obrigação de prestar alimentos, seria violado o direito de herança assegurado no art. 5º, XXX, da Constituição³⁹⁰. Nesse sentido, e conforme relato de Paulo Nader, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) propôs alteração do art. 1.700 para restringir sua incidência aos alimentos entre cônjuges e companheiros, limitando-os, ainda, aos “frutos do quinhão de cada herdeiro”, ressaltando esse autor que o critério de indexação aos frutos seria “fórmula de difícil execução”³⁹¹.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, examinando a questão à luz do art. 23 da Lei 6.515, o Min. Ruy Rosado de Aguiar não concordou com essa limitação aos frutos e rendimentos dos bens deixados pelo *de cujus*, assentando: “... afasto o argumento de que a inexistência de prova de rendimentos do acervo impede a concessão de verba alimentar, pois o credor tem direito a eles, ainda que não produzam rendas ou recursos líquidos, bastando a existência de patrimônio suficiente para suportar o ônus”³⁹². Parece mais adequado esse último entendimento, pois a norma não limita a incidência da obrigação aos frutos dos bens do espólio. Ainda que não haja no ativo deixado pelo *de cujus* bens que estejam produzindo renda ao tempo da abertura da sucessão, se houver patrimônio suficiente, deve ser constituído capital ou reservado bem que produza a renda necessária para assegurar o crédito de alimentos.

Questão diversa, e que parece constituir a preocupação da referida corrente doutrinária, é saber se o acervo hereditário pode ser integralmente consumido pelo cumprimento da obrigação alimentar, o que será examinado no tópico seguinte.

10.14. Arbitramento dos alimentos objeto do legado necessário.

Para arbitramento dos alimentos objeto do legado *ex lege*, aproveita-se a remissão

³⁹⁰ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon, cit., p. 595.

³⁹¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 437.

³⁹² REsp 60635/RS, 4ª Turma, j. 03/02/2000.

do art. 1.700 ao art. 1.694, cujo § 1º dispõe que: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Na análise das necessidades do reclamante, deve ser considerado o que eventualmente recebeu como coerdeiro ou legado a outro título, a extinguir ou minorar o estado de necessidade que justificaria os alimentos.

No exame dos recursos da pessoa obrigada, a particularidade é que os devedores são os sucessores, responsáveis nos limites das forças da herança. As possibilidades dos sucessores no mais das vezes não serão as mesmas do *de cujus*. Sobre o tema, Euclides de Oliveira³⁹³ cita precisa observação de Theotônio Negrão, de que a previsão do art. 1.700: “... não leva em conta que, na maior parte das vezes, os alimentos são pagos com o fruto do trabalho do alimentante, e não com o rendimento de seus bens. Ora, como a aptidão para ganhar dinheiro é personalíssima, a aplicação deste dispositivo esbarrará, na prática, com óbices dificilmente superáveis”.

É preciso, portanto, aberta a sucessão, promover arbitramento do valor dos alimentos segundo as novas circunstâncias subsequentes ao óbito.

Como o art. 1.700 não detalha os critérios para definição dos alimentos, o arbitramento judicial se faz, em grande medida, com base em juízo de equidade³⁹⁴.

Deve ser buscada, sempre que possível, solução que, proporcionando renda para o pagamento dos alimentos, preserve a substância da cota recebida pelo sucessor onerado.

Mas não é caso, como visto, de limitar a incidência dos alimentos aos frutos dos bens da herança. Se o sucedido deixou vasto patrimônio, não há impedimento à venda de um dentre vários imóveis para constituição de capital que produza renda para pagamento dos alimentos.

Não se pode descartar, ainda, situações nas quais, pela preponderância do interesse do alimentando à luz do caso concreto, possa até ser consumida a substância do quinhão hereditário, como na hipótese de só existirem herdeiros, até mesmo necessários, autossuficientes, quando a legítima não desempenha função alimentar imediata.

No juízo de ponderação para arbitramento dos alimentos, parece ser justificável considerar a situação peculiar de cada sujeito envolvido na sucessão. Suponha-se deixa

³⁹³ OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: [...], cit., 2005 p. 289.

³⁹⁴ A solução ao recurso da equidade é sustentando por doutrina na Itália, a respeito do referido *assegno* ao cônjuge considerado culpado pela separação: “La concreta applicazione dei criteri indicati dalla legge, infine, compete al giudice, il quale, tuttavia, non trova nella legge indicazione di alcun rapporto aritmetico a cui fare ricorso, e che, data la genericità e vaghezza della formula legislativa, secondo alcuni dovrebbe ispirarsi a criteri equitativi” (BASSINI, Giovanni Francesco, cit., p. 227).

testamentária em favor de enteado menor cujo sustento era provido pelo autor da herança. Sendo disposição que cumpre função alimentar, seria possível, sopesadas as circunstâncias do caso concreto, fazê-la prevalecer, por exemplo, sobre alimentos que o *de cujus* prestava a irmão maior e capaz que se encontrava eventualmente desempregado. Solução essa que, com mais razão seria a adequada, se, ao invés instituir o enteado como herdeiro testamentário, fosse contemplado com legado testamentário de alimentos.

Para o arbitramento também deve ser considerado o que foi exposto no item sobre os onerados com a obrigação de prestar alimentos, quanto à observância da hierarquia dos títulos sucessórios.

Definidos eventuais sucessores prioritariamente onerados, segundo essa hierarquia dos títulos sucessórios³⁹⁵, cada coobrigado responde em proporção ao quinhão recebido na herança³⁹⁶, pois a obrigação de prestar alimentos é divisível, cada sucessor respondendo nos limites de sua cota, não havendo solidariedade³⁹⁷.

10.15. Hipóteses de extinção e revisão dos alimentos.

Como ressalta Yussef Said Cahali, a obrigação de prestar alimentos resultante de transmissão hereditária se extingue como todas as outras, ou seja, quando o credor menor atinge a maioridade, quando o cônjuge credor se casa novamente ou constitui união estável, quando cessa o estado de necessidade na obrigação entre parentes etc.³⁹⁸.

Esse autor sustenta que a transmissão da obrigação de prestar alimentos não passa do primeiro grau, isto é, se morre o herdeiro onerado, seus sucessores estariam livres do débito³⁹⁹. Parece defensável, no entanto, entendimento contrário. Suponha-se tenha determinado o juiz a destinação do aluguel de certo imóvel deixado pelo *de cujus* para pagamento dos alimentos. A solução que parece mais justa, razoável, é a da permanência dos alimentos, preservando-se a subsistência do alimentando, apesar de nova transmissão hereditária do domínio do imóvel, do herdeiro onerado a seu sucessor.

³⁹⁵ Como examinado, se a porção disponível, por exemplo, for suficiente para suportar o pagamento dos alimentos, a obrigação deve ser imputada aos herdeiros testamentários, desonerando herdeiros necessários.

³⁹⁶ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que o exame do binômio necessidade-possibilidade do art. 1.694 deve se dar individualmente em relação a cada herdeiro (Ap. 9199812-55.2009.8.26.0000, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 23/10/2012).

³⁹⁷ Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, assentou-se que a obrigação dos codevedores é divisível e não solidária, de modo que o credor deve acionar cada um deles por sua respectiva cota nos alimentos (Ap. 9000004-49.2009.8.26.0136, rel. Des. Adilson de Araujo, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 22/05/2012).

³⁹⁸ CAHALI, Yussef Said, cit., p. 77.

³⁹⁹ Ibid., p. 81.

Admitidas transmissões sucessivas da obrigação de prestar alimentos, resolve-se problema aventado pelo mesmo jurista, sobre qual a consequência da morte de um dos coobrigados a prestar alimentos⁴⁰⁰, pois sua cota no débito de alimentos se transmite a seus próprios sucessores.

Quanto à revisão dos alimentos, Rolf Madaleno entende ser medida admissível em razão de circunstâncias posteriores à abertura da sucessão inclusive para majoração do montante⁴⁰¹. Parece mais adequada a posição de Yussef Said Cahali, no sentido do cabimento da revisão, exceto para majorar o montante, ou seja, admite-se redução em caso de diminuição das necessidades do alimentando⁴⁰², ou mesmo extinção nas hipóteses acima enunciadas. Do contrário, caso se admitisse revisão para majoração, por força de aumento das necessidades em razão de fato posterior à abertura da sucessão, seria preciso admitir, por coerência, que outros potenciais credores, que não tinham necessidade ao tempo da abertura da sucessão, também pudessem vir a reclamar alimentos por fatos posteriores, o que significaria, em última análise, transmissão não de obrigação contemporânea à abertura da sucessão, mas da potencialidade de contrair novos débitos, o que, como visto, é incabível.

Nesse sentido, Sérgio Gischkow Pereira argumenta que a melhoria das condições financeiras dos herdeiros devedores não justifica revisão dos alimentos, pois não respondem pessoalmente, mas nos limites dos quinhões hereditários recebidos; e que o aumento das privações do alimentando não justifica elevação da pensão, pois seria injustificável submeter os herdeiros à constante possibilidade de fornecer verba para o capital constituído para pagamento dos alimentos. Ressalva esse autor ser necessário atualizar monetariamente o valor dos alimentos⁴⁰³.

10.16. Conclusões sobre a aplicação do art. 1.700 do Código Civil.

Em síntese das posições expostas ao longo deste Capítulo, entendemos ser possível extrair o seguinte regime do art. 1.700 do Código Civil:

a) trata-se de efetiva transmissão hereditária da obrigação de prestar alimentos que recaía sobre o *de cujus*;

⁴⁰⁰ Nesse sentido: *ibid.*, p. 78.

⁴⁰¹ MADALENO, Rolf, *cit.*, p. 647.

⁴⁰² CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁰³ PEREIRA, Sérgio Gischkow, *cit.*, p. 270.

b) do ponto de vista do alimentando, recebe legado obrigatório — no sentido de crédito a ser exigido dos sucessores onerados —, constituindo hipótese de sucessão necessária;

c) os sucessores onerados respondem pela obrigação nos limites das forças da herança;

d) a transmissibilidade se aplica a todo tipo de obrigação alimentar, entre cônjuge, companheiros e parentes;

e) se o sucessor onerado não for parente do alimentando, ou se for parente além do segundo grau, em situação na qual não seria pessoalmente obrigado a prestar alimentos, exclui-se a obrigação de prestar alimentos por sucessão hereditária se o alimentando tiver parentes de grau mais próximo em condições de provê-los, de modo que, nessas situações, a aplicação do art. 1.700 teria caráter subsidiário;

f) embora o quinhão hereditário eventualmente recebido pelo alimentando possa ser suficiente para suprir a necessidade dos alimentos, o que deve ser sopesado caso a caso, não se pode descartar previamente a possibilidade da cumulação da posição de coerdeiro com a de legatário legal de alimentos;

g) a obrigação de prestar alimentos que se transmite aos sucessores do falecido é a contemporânea à abertura da sucessão, já estabelecida por acordo ou sentença, ou que estava sendo postulada em ação em andamento, ou que, em relação a dependentes econômicos, vinha sendo prestada espontaneamente; ou seja, não se transmite o dever potencial do *de cuius* para prestar alimentos, afastando-se, portanto, pretensões de parentes que tenham se tornado necessitados de alimentos posteriormente ao óbito;

h) os alimentos objeto do legado necessário são devidos desde a abertura da sucessão. Não são passíveis de renúncia ante a incidência do art. 1.707 do Código Civil. Extinguem-se nas mesmas hipóteses nas quais se admite a extinção dos alimentos entre vivos. Transmitem-se aos sucessores do sucessor onerado. Admitem revisão, mas somente para redução em caso de redução das necessidades dos alimentando ou eventual redução das possibilidades dos alimentantes, não para majoração, embora se admita incidência de correção monetária para recomposição do valor da moeda;

i) o cumprimento do legado necessário de alimentos não se confunde com pagamento de dívidas do espólio, pois este pagamento ocorre em momento anterior na dinâmica sucessória, para apuração da solvência do espólio, ao passo que o legado necessário de alimentos onera os sucessores, pressupondo herança líquida, solvente,

recebimento de quinhões pelos sucessores;

j) os sucessores onerados não são somente os herdeiros, apesar da redação literal do art. 1.700, incluindo legatários;

k) concorrendo sucessores necessários e testamentários, a obrigação de prestar alimentos deve recair preferencialmente sobre os testamentários, sobre a porção disponível, preservando-se o quanto possível a indisponível, respondendo esta em caráter subsidiário e, ainda assim, a depender de juízo de ponderação entre a pretensão alimentar do alimentando e a função alimentar eventualmente despenhada pela legítima;

l) concorrendo sucessores testamentários e legítimos facultativos, o legado de alimentos onera os facultativos preferencialmente; se a concorrência se der entre herdeiro testamentário e legatário também instituído por testamento, os alimentos recaem primeiro sobre a porção dos herdeiros, subsidiariamente sobre os legados, salvo disposição diversa do testador;

m) as doações sujeitas à colação devem ser consideradas para arbitramento dos alimentos, sob pena de desigualar os herdeiros necessários concorrentes; mas o que o alimentando tiver recebido de doação não é passível de compensação com os alimentos;

n) no arbitramento dos alimentos, considera-se todo o acervo líquido e não somente os frutos dos bens transmitidos;

o) no arbitramento, consideram-se as necessidades do alimentando e as possibilidades dos alimentantes, estes os sucessores onerados, nos limites das forças da herança, observando-se as novas circunstâncias subsequentes ao óbito, promovendo-se juízo de ponderação, equitativo. Deve ser buscada solução que proporcione renda para os alimentos, preservando-se o quanto possível a substância da cota recebida. Mas não se descarta hipóteses nas quais seja necessária alienação de bens para constituição de capital para pagamento dos alimentos, ou, cuidando-se de onerados maiores e autossuficientes, até mesmo, em caráter excepcional, a possibilidade de ser consumida a substância do quinhão hereditário, quando os onerados são maiores e autossuficientes, em que a herança não desempenha função alimentar. Devem ser observadas as situações existenciais dos sucessores potencialmente onerados, como na deixa testamentária que desempenha função alimentar, especialmente se se trata de legado testamentário de alimentos. Definidos os sucessores onerados, cada qual responde em proporção ao quinhão devido, nos limites desse quinhão, não havendo solidariedade.

SUCESSÃO DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NAS HIPÓTESES DA LEI 6.858/1980.

A Lei 6.858, de 24 de novembro de 1980, instituiu critério sucessório diverso do previsto no Código Civil em relação a saldos de salários, montantes das contas individuais do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, restituições de imposto de renda e, desde que não havendo outros bens a inventariar, saldos bancários, de contas de poupança e fundos de investimento de até 500 Obrigações do Tesouro Nacional.

Em todos esses casos, a transmissão hereditária se opera em favor dos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares. Somente na falta de dependentes habilitados é que, subsidiariamente, tais valores são recebidos pelos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

Por conta desse critério diferenciado, em situação na qual o *de cujus* deixou, por exemplo, dois filhos, um maior e outro menor, este último seu dependente habilitado à pensão por morte, somente o filho menor recebe as referidas verbas⁴⁰⁴. Os valores devidos são repartidos em cotas iguais entre todos os dependentes habilitados, não importando a qualificação, isto é, se filho, cônjuge ou companheiro. Ao exigir alvará judicial somente no caso de não haver dependentes, a lei autorizou o pagamento administrativo, extrajudicial, aos dependentes, dispensados estes da obtenção de alvará⁴⁰⁵.

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira fazem importantes observações a respeito de particularidades na aplicação dessa lei: a) não há meação nos saldos de salários e de FGTS, pois, tendo natureza de frutos civis do trabalho do *de cujus*, não se comunicam nem mesmo nos regimes de comunhão parcial ou universal de bens (Código de 1916, art. 263, XIII, e art. 269, IV; Código de 2002, art. 1.659, VI, e art. 1.668, V), de modo que a integralidade é transmitida aos dependentes em cotas iguais; b) o teto de 500 OTNs se verifica pela soma de todos os saldos bancários, de poupança e fundos de investimento, descontada a meação do cônjuge, e, segundo interpretação desses autores, com a qual

⁴⁰⁴ O exemplo é de Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e Partilhas*, 21. ed. São Paulo: Leud, 2008, p. 512).

⁴⁰⁵ Ibid, cit., p. 511.

concordamos, ainda que suplantado o teto, somente o excedente se transmite aos sucessores da lei civil, resguardando-se as 500 OTNs (equivalentes a 3.460 BTNs) aos dependentes; c) a existência de bens a inventariar não deve impedir a transmissão dos saldos bancários até o limite de 500 OTNs aos dependentes, destinando-se somente o excedente aos sucessores do Código Civil, pois tal impedimento tornaria inócua a proteção diferenciada que a lei pretendeu conferir aos dependentes, uma vez que todas as pessoas deixam bens que em tese poderiam ser inventariados, ainda que sejam somente móveis de pequeno valor⁴⁰⁶.

O mais relevante para os fins do presente estudo é que a Lei 6.858 não faz nenhuma ressalva a resguardar outros sucessores testamentários. Legítimos ou testamentários, ou mesmo herdeiros necessários, são preteridos pelos dependentes previdenciários. Com finalidade assistencial em favor dos dependentes do *de cujus*, destinando-lhes esses valores para auxílio em sua subsistência, o legislador criou outra hipótese de sucessão necessária no direito brasileiro, conferindo aos dependentes nova modalidade de legado *ex lege*, comprimindo o campo de livre disposição testamentária.

Recorde-se a observação do item 5.1, seguida de exemplos, de que os dependentes previdenciários, legatários necessários, podem ser, eventualmente, herdeiros facultativos e até mesmo pessoa estranha à ordem da vocação hereditária.

Sendo a Lei 6.858 especial, regendo situação específica, subsistiu à superveniência do Código Civil de 2002 e permanece em vigor, como já reconhecido pela jurisprudência⁴⁰⁷. O atual Código Civil, de fato, não contém norma específica relacionada à sucessão dos valores contemplados na Lei 6.858, nem é possível inferir, do sistema nele adotado, alguma incompatibilidade com a lei especial que disciplina a transmissão hereditária desses valores destinados a uma finalidade própria, especial, assistencial, a dependentes previdenciários do *de cujus*. Conforme observação de Caio Mário da Silva Pereira mencionada anteriormente, a superveniência de lei geral a par de especial anterior, ou vice-versa, em princípio não afeta a coexistência delas, porque em regra não são incompatíveis, mas a incompatibilidade não pode ser descartada *a priori*, cabendo ao

⁴⁰⁶ Ibid., p. 512-518.

⁴⁰⁷ É o que foi assentado no seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Inventário. Saldos salariais não recebidos em vida pelo *de cujus*. Determinação de pagamento aos dependentes previdenciários e não a todos os herdeiros. Decisão mantida. Aplicação da Lei n. 6.868/80 que não foi revogada pelo novo Código Civil” (AI n. 481.488-4/0-00, rel. Des. Morato de Andrade, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 27.02.2007).

intérprete verificar se não há contradição inconciliável entre as duas leis⁴⁰⁸. No confronto da Lei 6.858/1980 com o Código de 2002, não se percebe incompatibilidade que autorize concluir por revogação tácita da lei especial anterior.

⁴⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. I, 2007, p. 129.

SUCESSÃO NECESSÁRIA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NAS LEIS 8.971/1994 E 9.278/1996.

12.1. A união estável a partir da Constituição de 1988.

Na vigência do Código Civil de 1916, só se reconhecia proteção jurídica às famílias constituídas pelo casamento. O então denominado concubinato puro, de pessoas sem impedimentos para o casamento, e que passou a ser designado como união estável, não era contemplado como entidade familiar, não havia reconhecimento legal de seus efeitos jurídicos, gerando situações de injustiça flagrante, o que foi sendo remediado por alguns avanços legislativos e especialmente pela força criadora da jurisprudência⁴⁰⁹.

Profunda inovação se deu com o advento da Constituição de 1988, rompendo

⁴⁰⁹ Dentre outras, destacam-se as seguintes etapas dessa evolução:

a) o reconhecimento do direito da companheira como dependente previdenciária do companheiro, a partir de interpretação conferida ao art. 31, § 1º, do Decreto 20.465, de 1º de outubro de 1931, a então Lei Orgânica da Previdência Social (cf. PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos Patrimoniais do Concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 246, *apud* AZEVEDO, Álvaro Villaça, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, vol. 19. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197);

b) a extensão à companheira do direito à indenização por acidente de trabalho ou transporte de que resultasse a morte do amásio, por construção jurisprudencial, consolidada na Súmula 35 do Supremo Tribunal Federal (Súmula 35: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”, aprovada em Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963);

c) o direito, reconhecido pela jurisprudência, à adoção pela companheira do sobrenome do companheiro, orientação incorporada na Lei dos Registros Públicos, Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 57 (cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, vol. 6, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 277-279);

d) o reconhecimento pela jurisprudência de efeitos patrimoniais ao concubinato, mediante concessão de indenização por serviços domésticos prestados ou, então, pelo reconhecimento de sociedade de fato, tomando-se por empréstimo figura do direito obrigacional, posição consagrada na Súmula 380 do STF, com reconhecimento do direito à meação nos bens adquiridos onerosamente durante o concubinato (Súmula 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, aprovada em Sessão Plenária de 03 de abril de 1964). Como anota Álvaro Villaça Azevedo, houve evolução na interpretação jurisprudencial a respeito do alcance dessa súmula. Exigia-se inicialmente prova de esforço comum e contribuição efetiva para justificar a meação e se passou a considerar suficiente mera contribuição indireta, como serviço doméstico, em especial a partir da Constituição de 1988 (AZEVEDO, Álvaro Villaça, cit., p.153-167).

e) em termos de direito sucessório, de forma indireta, pela Lei 6.858, de 24 de novembro de 1980, o companheiro sobrevivente passou a ser contemplado, pois essa lei, alterando a ordem da vocação hereditária em relação a verbas específicas (saldos salariais, FGTS, PIS-PASEP, restituições de imposto de renda de pessoa física e, não havendo outros bens a inventariar, saldos bancários, de contas de caderneta de poupança e fundos de investimento de até 500 OTNs), instituiu sucessores, com preferência sobre os da ordem da vocação hereditária, os dependentes habilitados perante a previdência social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares.

radicalmente com o sistema anterior, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar a merecer proteção jurídica do Estado (art. 226, § 3º), conferindo esse mesmo status de entidade familiar à família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Encerrou-se, assim, o monopólio da tutela às famílias formadas unicamente pelo casamento, reconhecendo-se a existência de multiplicidade de formações familiares, a merecerem proteção jurídica do Estado⁴¹⁰.

Antes da disciplina infraconstitucional da união estável pela Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, ocorreram pronunciamentos pela autoaplicabilidade da norma constitucional.

Em conferência sobre o tema, em 1993, o então Desembargador Antonio Cezar Peluso, do Tribunal de Justiça de São Paulo, depois Ministro do Supremo Tribunal Federal, defendeu com erudita argumentação se tratar de norma autoaplicável, em termos de regime de bens e alimentos⁴¹¹. O Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 1991⁴¹², relator o Ministro Nilson Naves, por maioria de votos, três a dois, referente a união estável de mais de 30 anos, recusou o pleito do companheiro sobrevivente de recebimento da herança com preferência a sobrinhos da falecida. Os dois votos vencidos, dos Ministros Eduardo Ribeiro e Cláudio Santos, são significativos, pois entenderam possível aplicar por analogia, com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a mesma posição sucessória do cônjuge sobrevivente⁴¹³. Em 1997, questão similar, anterior à regulamentação legal da união estável, foi novamente apreciada pela mesma 3ª Turma, chegando-se ao veredito oposto, pelo voto do relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, com o voto vencido do Ministro Nilson Naves,

⁴¹⁰ Sobre a concepção plural de família, abrangendo diversas modalidades de formação familiar a partir da Constituição de 1988, confirmam-se, por exemplo: FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XV. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16-19; COLTRO, Antônio Carlos; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: do direito pessoal*, vol. XVII, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33-36; DIAS, Maria Berenice, cit., p. 38-42; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélson, cit., p. 3-11.

⁴¹¹ Revista do Advogado, da AASP, vol. 41, setembro de 1993, pp. 28-39.

⁴¹² REsp 4599/RJ, rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, j. 09.04.1991, m.v.

⁴¹³ O Ministro Eduardo Ribeiro, em seu voto vencido, relembando a evolução da jurisprudência que culminou na Súmula 380 do STF, observou que a união estável não constituía uma sociedade de fato qualquer, mas “peculiaríssima”, bastando, por exemplo, contribuição indireta para autorizar a partilha de aquestos. O mesmo raciocínio adotado para reconhecer a existência desse patrimônio comum deveria ser empregado, por analogia, para reconhecimento de direito sucessório à frente de colaterais. O Ministro Cláudio Santos observou na mesma linha que o direito positivo era omissivo, mas os efeitos patrimoniais da união estável eram praticamente os mesmos do casamento por comunhão parcial, a autorizar que, do mesmo modo, também por construção jurisprudencial, fosse reconhecido direito sucessório preferencial aos colaterais. O Ministro Eduardo Ribeiro também argumentou com a iniquidade gritante da solução contrária ao companheiro na eventualidade da inexistência de colaterais, transferida a herança ao Estado.

reconhecendo-se o direito sucessório do companheiro sobrevivente por analogia com a situação do cônjuge⁴¹⁴.

Se por analogia o tratamento sucessório do companheiro sobrevivente deveria ser idêntico ao do cônjuge, bastando o art. 226, § 3º, da Constituição, desde sua entrada em vigor o companheiro sobrevivente passou a gozar das mesmas hipóteses de sucessão necessária em favor do cônjuge.

É certo que esse entendimento, pela equiparação de direitos entre cônjuges e companheiros, não era unânime e nem tampouco parece que teria se tornado majoritário. Os que defendiam solução oposta afirmavam, como ainda sustentam, que a Constituição de 1988, embora reconhecendo a união estável como entidade familiar, não a equiparou ao casamento, tanto que o referido § 3º do art. 226 dispõe que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, no que seria, segundo argumentam, clara indicação de preferência da Constituição pelo casamento, considerada a família assim formada de valor mais elevado, a autorizar tratamento legal diferenciado entre cônjuges e companheiros⁴¹⁵.

Mas parece mais adequada a corrente contrária, segundo a qual as famílias constituídas por união estável e casamento são idênticas nos vínculos de afeto, solidariedade e respeito. A Constituição dá preferência ao casamento pela segurança jurídica muito mais qualificada dele advinda, em comparação com a união estável. No casamento, há registro público confirmatório do enlace; sabe-se perfeitamente a data de sua constituição, seu regime de bens; confere-se maior segurança jurídica a terceiros em suas relações negociais com um dos cônjuges, pela facilidade de apurar seu estado civil etc. O que não significa que, em termos valorativos, nos referidos aspectos de afeto, solidariedade e respeito, seja qualitativamente melhor do que a união estável. A disposição de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento não pode servir de fundamento para autorizar tratamento infraconstitucional diferenciado no que essas famílias têm de iguais, que são os referidos vínculos. A norma constitucional não representa, por assim dizer, carta branca ao legislador infraconstitucional para aviltar a família constituída pela união estável, com intuito de forçar companheiros a se casarem⁴¹⁶.

⁴¹⁴ REsp 74467/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 20/05/1997.

⁴¹⁵ Cf., a defender essa possibilidade de diferenciação: LEITE, Eduardo de Oliveira, cit., p. 57-60; DINIZ, Maria Helena, cit., vol. 6, 2007, p. 148; GONÇALVES, Carlos Roberto, cit., vol. VII, 2007, p. 172.

⁴¹⁶ Gustavo Tepedino salienta que: "... quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares. Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação." (TEPEDINO, Gustavo. *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos*

12.2. A sucessão do companheiro nas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.

A partir da Lei 8.971/1994, o direito sucessório do companheiro sobrevivente passou a contar com regulamentação infraconstitucional. Dispunha essa lei que, na concorrência com descendentes, na primeira posição da ordem da vocação hereditária, o companheiro teria direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus* enquanto não constituísse nova união. Na concorrência com ascendentes, ao usufruto de metade. Na terceira posição, à totalidade da herança, com preferência aos colaterais. Houve previsão, ainda, de meação nos bens resultantes de atividade em que houvesse colaboração do companheiro. Essa lei condicionava o exercício desses direitos à existência de união estável de mais de cinco anos ou se tivesse resultado prole, bem como ao estado civil de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo.

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, voltou a tratar do tema, não mais exigindo prazo mínimo de cinco anos ou prole para reconhecimento da união estável. Bastava o prazo suficiente, à luz de cada caso concreto, para se reputar preenchidos os requisitos de convivência duradoura, pública e contínua, com objetivo de constituição de família. Tampouco renovou a exigência de específico estado civil, tornando possível o reconhecimento da união estável diante de simples separação de fato. Quanto ao direito sucessório, por meio do § único do art. 7º passou a contemplar o companheiro sobrevivente com direito real de habitação enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou se casasse, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Não exigiu que o imóvel fosse o único dessa natureza a inventariar, norma mais benevolente, portanto, do que o direito similar previsto no § 2º do art. 1.611 do Código de 1916. O art. 5º, quanto ao regime de bens, passou a considerar os adquiridos onerosamente na constância da união estável como fruto do trabalho e da colaboração comum, com direito de meação, salvo contrato escrito em contrário, cessando a presunção se a aquisição patrimonial ocorresse com produto de bens adquiridos antes do início da união (ressalva do § 1º do art. 5º). O regime de bens, portanto, passou a ser, em última análise, similar ao da comunhão parcial, o regime legal supletivo para o casamento. A presunção de colaboração para a aquisição de bens onerosos na constância da união estável era relativa, podendo ser desconstituída se

do casamento e da família não fundada no matrimônio, In: *Temas de Direito Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 358). Esses argumentos são desenvolvidos com profundidade por Ana Luíza Maia Nevares (NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 185-214).

houvesse contrato escrito em contrário ou prova de aquisição com produto de bens anteriores à união⁴¹⁷.

O entendimento prevalecente foi o de que a Lei 9.278 não revogou a Lei 8.971 no que não fossem incompatíveis. Caiu, assim, o prazo mínimo de cinco anos ou prole em prazo menor, para reconhecimento da união estável, bem como a exigência de determinado estado civil, exigências da primeira dessas leis não reproduzidas na mais recente. Permaneceram os direitos sucessórios da Lei 8.971, acrescentados pelo direito real de habitação da Lei 9.278.

Essa última conclusão acarretava, no entanto, paradoxo em comparação com a tutela sucessória do cônjuge. Pois, a partir da Lei 9.278, na concorrência com descendentes e ascendentes, o companheiro passou a ser contemplado simultaneamente com usufruto viual e direito real de habitação. Como visto nos comentários precedentes ao Estatuto da Mulher Casada, o cônjuge sobrevivente, na mesma situação, tinha direito real de habitação quando casado por comunhão universal ou usufruto viual se o regime fosse outro. Não havia possibilidade de cumulação dos dois direitos.

Na busca de solução para essa incongruência, diversos foram os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência. No relato de Ana Luíza Maia Nevares, houve quem sustentasse que a Lei 9.278 teria revogado as normas sobre sucessão do companheiro da Lei 8.971, de modo que só lhe restaria o direito real de habitação, sem usufruto e sem figurar na terceira posição da ordem da vocação hereditária. Outra corrente considerou inconstitucional a instituição do direito real de habitação em acréscimo ao usufruto viual da lei anterior, por representar benesse superior à do cônjuge casado por regime diverso da comunhão universal. Outros defenderam a solução oposta, ou seja, a concessão do direito real de habitação teria excluído o de usufruto. Outra posição era a de Luiz Edson Fachin, pela qual, sendo o usufruto e a habitação direitos reais sobre coisa alheia, a coexistência deles seria inviável. Em sentido oposto, Caio Mário da Silva Pereira entendia viável a coexistência dos dois direitos⁴¹⁸. Por fim, havia corrente, defendida por João Baptista Villela e Marco Aurélio Sá Viana, estendendo todas as vantagens da união estável ao casamento⁴¹⁹.

Na linha dessa última posição, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o direito

⁴¹⁷ Nesse sentido: OLIVEIRA, Euclides. *União Estável: do concubinato ao casamento*, 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 95; NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 134

⁴¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 152-153.

⁴¹⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 147-154.

real de habitação em favor do cônjuge, a partir da Lei 9.278/1996, deveria ser equiparado ao do companheiro para evitar inferioridade do casamento e, assim, passou a ser aplicável a todos os regimes de bens⁴²⁰. Tal conclusão parece adequada não só pela lógica da solução, mas também porque, tomada a evolução da tutela sucessória do cônjuge em perspectiva, sabe-se que essa foi a solução do Código Civil de 2002, estendendo o direito real de habitação a todos os regimes de bens, sem prejuízo da participação do cônjuge na herança.

No que se refere ao usufruto da Lei 8.971/1994, é de se recordar a análise realizada quando do exame do usufruto vidual do Estatuto da Mulher Casada. Segundo a posição ali defendida, não se conferia usufruto vidual ao casado por comunhão universal porque, nesse regime, o cônjuge já estava protegido por meação, a revelar opção legislativa pelo usufruto para a situação oposta, ou seja, na qual os bens deixados pelo *de cujus* eram particulares, bens que a ele pertenciam com exclusividade, sem comunhão com o outro cônjuge. Nessa hipótese havia risco de desamparo patrimonial do viúvo ou pelo menos de brusca queda de padrão de vida, a justificar o usufruto. Esse o panorama legal resultante do Estatuto da Mulher Casada.

A Lei 8.971/1994 não faz nenhuma discriminação quanto a regime de bens da união estável, prevendo o usufruto indistintamente, o que leva a indagar qual seria o regime jurídico do usufruto instituído por essa lei. Seria aplicável somente aos bens particulares, como se defendeu quanto ao usufruto vidual do Estatuto da Mulher Casada, ou incidiria sobre todos os bens, comuns e particulares?

A resposta que reputamos mais adequada é a de que, assim como no Estatuto da Mulher Casada, o usufruto do companheiro sobrevivente só incidia sobre os bens particulares. A Lei 8.971 previa, nos incisos I e II do art. 2º, o usufruto de quarta parte, na concorrência com os filhos — entendam-se descendentes —, e de metade com os

⁴²⁰ No caso objeto desse julgado do STJ, falecida a esposa em 1981, o marido ficou com meação sobre o apartamento residencial e a outra metade, correspondente à herança, foi atribuída aos filhos do casal. Em 1989, o viúvo se casou novamente, por separação obrigatória, não resultando filhos. Falecido o marido em 1999, sua parte no apartamento foi transmitida aos filhos por sucessão hereditária. Tornando-se os únicos proprietários do bem, os filhos ajuizaram ação de reintegração de posse contra a viúva. O pedido foi julgado improcedente em primeira e segunda instâncias, reconhecendo-se em favor da viúva o direito real de habitação. Na época do óbito em 1999, vigia o § 2º do art. 1.611 do Código Civil, pelo qual somente o casado por comunhão universal tinha direito real de habitação. Mas o Ministro Sidnei Beneti ponderou que, naquela data, vigia também o § único do art. 7º da Lei 9.278/1996, que conferia ao companheiro sobrevivente direito real de habitação qualquer que fosse o regime de bens pactuado. Como não era admissível tratar pior pessoas casadas, decidiu-se que desde a Lei 9.278 a mesma benesse conferida à união estável deveria ser estendida ao casamento, reconhecendo-se direito real de habitação para qualquer regime de bens, situação que veio a ser positivada pelo art. 1.831 do Código Civil de 2002 (REsp 821.660/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 14/06/2011).

ascendentes, percentuais a incidir sobre os “bens do *de cujus*”. O art. 3º, por sua vez, dispunha que, se os bens deixados pelo autor da herança resultassem de atividade na qual houvesse colaboração do companheiro, teria o sobrevivente direito à metade dos bens. Seria o reconhecimento póstumo do direito à meação. Ao contrário da Lei 9.278, na qual foi estabelecida presunção de comunhão dos aquestos, na Lei 8.971 a presunção era inversa, ou seja, que os bens eram exclusivos do falecido, com possibilidade de prova em contrário pelo sobrevivente. Essa circunstância particular permite concluir que, no artigo anterior, o 2º, os bens ali referidos, sobre os quais incidiria o usufruto, eram efetivamente bens do *de cujus*, exclusivos dele, particulares. Reconhecido o direito à meação e estando protegido o companheiro, não havia necessidade do usufruto.

Essa interpretação se amolda à linha evolutiva da proteção sucessória do cônjuge. Como visto, pelo Estatuto da Mulher Casada procurou-se protegê-la por meio do direito das sucessões, empregando a técnica de lhe conferir, nos bens particulares, usufruto viual. Nos bens comuns, sob a consideração de que já protegida pela meação, bastava a propriedade plena de metade deles. O direito de família era suficiente para impedir o desamparo patrimonial indesejado pelo legislador. Essa mesma técnica veio a ser utilizada no Código Civil de 2002, segundo a corrente que em nossa opinião melhor interpreta seu art. 1.829, ou seja, substituído o usufruto por concorrência em propriedade plena, o cônjuge, ao concorrer com descendentes, tem cota hereditária nos bens particulares, não nos comuns em face dos quais já está protegido pela meação. No caso da concorrência com ascendentes, é certo, do inc. II do art. 1.829, o cônjuge concorre tanto nos bens comuns como nos particulares, mas se trata de situação particular a respeito da peculiar consideração sobre os ascendentes na ordem da vocação hereditária, com tendência evolutiva de cada vez maior limitação da vocação sucessória legítima deles⁴²¹.

Registre-se, em contrário ao aqui sustentado, a opinião de Caio Mário da Silva Pereira, de que seria possível cumular o usufruto com a meação⁴²².

Outra questão relevante diz respeito à situação do companheiro sobrevivente na terceira posição da ordem da vocação hereditária, à falta de descendentes e ascendentes. A Lei 8.971 afirma que, nessa posição, o companheiro “terá” direito à totalidade da herança. Como não havia nessa lei dispositivo similar ao art. 1.725 do Código de 1916, a permitir a exclusão do companheiro em caso de testamento abrangente de todo o patrimônio sem o

⁴²¹ Na França, por exemplo, a Lei 2006-728, de 23 de junho de 2006, aboliu a reserva hereditária em favor dos ascendentes.

⁴²² PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. V, 2007, p. 541.

contemplar, parcela da doutrina passou a sustentar que o companheiro teria se tornado herdeiro necessário. Outros entenderam que permaneceu herdeiro facultativo e que poderia ser alijado da sucessão⁴²³.

Parece mais correto esse segundo entendimento, embora em termos. Não há como inferir do texto da lei, claramente, intuito de transformar o companheiro em herdeiro necessário. Pelo contrário, a preocupação que se percebe foi a de equalizar direitos sucessórios de cônjuges e companheiros. Não houve inclusão de disposição similar à do art. 1.725, mas também não houve expressa referência ao companheiro como herdeiro necessário. Se o intuito fosse o de promover o companheiro a herdeiro necessário, certamente teria sido estendida tal benesse ao cônjuge, na mesma lei, sob pena de flagrante desarranjo no sistema.

Mas essa orientação que não reconhecia ao companheiro o status de herdeiro necessário deve ser temperada com as mesmas observações apresentadas quando da abordagem do usufruto viual no Estatuto da Mulher Casada. Pois, nas hipóteses nas quais concorre com descendentes e ascendentes em usufruto, não poderia ser alijado da sucessão em testamento que contemplasse todos os bens. Pois, havendo descendentes e ascendentes, o testamento não poderia contemplar todos os bens. O companheiro, portanto, assim como o cônjuge no usufruto viual, tornou-se herdeiro necessário em usufruto. Na terceira posição da ordem da vocação hereditária, era preciso lhe assegurar, para manter a coerência do sistema, pelo menos o usufruto de metade dos bens particulares, na parte indisponível, se houvesse testamento abarcando todo o patrimônio, pois não teria sentido poder fazer valer o direito de usufruto em relação a ascendentes, herdeiros necessários, e não em face de terceiros.

⁴²³ Ana Luíza Maia Nevares relaciona, em favor da condição de herdeiro necessário do companheiro, a partir da Lei 8.971, as opiniões de Caio Mário da Silva Pereira e de Luiz Edson Fachin. Em contrário, as de Marco Aurélio Sá Viana e de Rodrigo da Cunha Pereira (NEVARES, Ana Luíza Maia, cit., 2004, p. 141-143).

SUCESSÍVEIS NECESSÁRIOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

13.1. Herdeiros necessários: descendentes e ascendentes, cônjuge e companheiro.

O art. 1.845 do Código Civil de 2002 dispõe que: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”, ao quais, segundo o art. 1.846, pertence de pleno direito a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. Descendentes e ascendentes já figuravam como herdeiros necessários no Código de 1916. A alteração ocorreu pela inclusão do cônjuge. A ele se acrescenta, em nossa opinião, o companheiro sobrevivente, como será examinado adiante.

O chamamento do herdeiro necessário segue as mesmas regras da sucessão legítima intestada, ou seja, observa-se a ordem da vocação hereditária quanto à preferência de classes e, dentre elas, de graus. Essas regras de preferência, no Código de 2002, são as mesmas do Código de 1916, analisadas no item 7.2.4, ao qual remetemos o leitor, com a única diferença, essencial, de que se tornou possível a concorrência de herdeiros de classes distintas.

De fato, na concepção original do Código de 1916, as classes eram estanques. Tornou-se possível a concorrência entre membros de classes distintas a partir do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Desde então, na primeira posição passaram a concorrer descendentes e cônjuge, este com usufruto viual de um quarto da herança se casado por regime diverso da comunhão universal ou, então, se casado por esse regime, era contemplado com direito real de habitação, legado *ex lege*. Na segunda classe, passaram a figurar os ascendentes em concorrência com o cônjuge nas mesmas condições, exceto pela elevação do usufruto viual à metade. Na terceira e quarta classes não houve modificação, remanescendo, respectivamente, o cônjuge e os colaterais até o quarto grau. Como examinado no item 8.4, a interpretação que nos parece mais adequada é a de que o cônjuge teria direito ao usufruto viual nos bens particulares, não nos comuns em face dos quais que já protegido pela meação, pois, do contrário, se lhe fosse conferido usufruto nos bens comuns, seria melhor tratado do que o casado por comunhão universal, visto que este não era contemplado com usufruto por já ter meação sobre todo o patrimônio.

O Código Civil de 2002 deu um passo adiante, conferindo ao cônjuge concorrência em propriedade plena, não mais em usufruto.

Na primeira posição, concorre com os descendentes, salvo se casado por comunhão universal, separação obrigatória ou comunhão parcial quando não há bens particulares (inc. I do art. 1.829). Em nossa opinião, externada em trabalho anterior⁴²⁴, a regra que se depreende dessa norma é a de que o cônjuge não concorre com descendentes quando protegido pela meação, o que explica a exclusão da concorrência se casado pela comunhão universal ou por comunhão parcial se não há bens particulares. Nessas duas hipóteses, tem meação sobre todo o patrimônio, o que lhe confere, na visão do legislador, suficiente proteção patrimonial, bastando esse direito que advém do regime de bens do casamento, do direito de família, desnecessária proteção adicional pelo direito das sucessões.

A terceira exceção desse inc. I do art. 1.829, de não concorrência na separação obrigatória, tem fundamento diverso, de caráter por assim dizer punitivo, de evitar que, vedada comunicação de bens pela lei por ocasião do casamento, não venha a ser alcançada por sucessão hereditária⁴²⁵.

Coexistindo bens comuns e particulares — na comunhão parcial de bens, no regime de participação final nos aquestos etc. — a solução adequada parece ser a de que o cônjuge concorre somente em relação aos bens particulares, não nos comuns, pois, do contrário, em relação aos comuns, seria tratado melhor do que o casado pela comunhão universal de bens, visto que a este só cabe a meação, não herança⁴²⁶.

⁴²⁴ ANTONINI, Mauro, cit., p. 2198-2199.

⁴²⁵ A separação obrigatória é imposta pelo legislador aos nubentes nas hipóteses do art. 1.641, ou seja, de violação a causas suspensivas do art. 1.523, de pessoa maior de 70 anos (redação do inc. II do art. 1.641 conferida pela Lei 12.344, de 09 de dezembro de 2010) e dos que se casam com suprimimento judicial. O motivo para a não concorrência do cônjuge com descendentes, neste caso, é o entendimento de que permiti-la seria o mesmo que tirar com uma mão e dar com a outra, ou seja, negar comunicação pelo regime de bens como sanção, mas permiti-la por sucessão. Essa vedação de concorrência, no entanto, como defendemos anteriormente, deve ser interpretada em termos, pois o regime de separação obrigatória não tem caráter de punição a ambos os cônjuges, mas protetivo em relação a um deles ou a ambos, como no caso do maior de 70 anos, a evitar casamento por puro interesse econômico; ou da adolescente de 14 anos que se casa com suprimimento de consentimento. A eles deve ser permitida a concorrência com descendentes, pois, do contrário, ocorreria o absurdo de prejudicá-los pela aplicação de norma criada para protegê-los. Seria aplicável, assim, a mesma solução do casamento putativo, ou seja, admite-se a concorrência em favor do cônjuge que esse regime visa a proteger (ANTONINI, Mauro, cit., p. 2204-2205).

⁴²⁶ Nesse sentido, por exemplo, defendendo tal solução para o regime de comunhão parcial de bens: ALMEIDA, José Luiz Gavião de, cit., p. 226-227; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 95; OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança* [...], cit., 2005, p. 108-109 No mesmo rumo, o Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, com o seguinte teor: “O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência restringe-se a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes” (Mário Luiz Delgado Régis e Nilza Maria Costa dos Reis)

Por coerência com a regra que se extrai desse inc. I do art. 1.829, na separação convencional de bens, em que só há bens particulares e não meação, ao cônjuge caberia cota hereditária concorrente com os descendentes. Mas o Superior Tribunal de Justiça, em precedente sobre o tema, assentou que, nessa hipótese, por projeção do regime de bens, não há concorrência hereditária. Por ser questão de fundamental repercussão no direito sucessório, será examinada em separado no próximo item.

Ao cônjuge, em concorrência com descendentes, cabe quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, resguardada cota não inferior à quarta parte se for ascendente dos herdeiros com os quais concorre (Código Civil, art. 1.832). Ou seja, é considerado como se fosse mais um dos descendentes. Assim, se o *de cujus* deixou dois filhos, acresce-se o cônjuge e divide-se a parte da herança em face da qual há concorrência em três partes (atente-se que a parte a ser partilhada com o cônjuge corresponderá ao monte representado pelos bens particulares, pois não tem direito hereditário concorrente nos bens comuns). Mas se os descendentes forem comuns, isto é, do *de cujus* e do cônjuge sobrevivente, este tem resguardada participação de pelo menos quarta parte (assim, se forem cinco filhos, assegura-se a quarta parte dos bens em que há concorrência ao cônjuge, partilhando-se o remanescente entre os descendentes). A contrário senso, se são todos descendentes exclusivos do *de cujus*, o quinhão do cônjuge pode ser inferior à quarta parte. A norma é omissa quanto à manutenção ou não da cota mínima igual à quarta parte se há coexistência de filhos comuns e exclusivos, gerando polêmica interpretativa. Reputamos melhor a solução que, nesse caso, exclui a cota mínima do cônjuge, favorecendo os descendentes, pois é a que melhor assegura a igualdade entre os filhos⁴²⁷.

Na segunda posição, o cônjuge concorre com ascendentes, sem que o inc. II do art. 1.829 faça distinção quanto ao regime de bens do casamento, de modo que, qualquer que

⁴²⁷ É conhecida a polêmica acarretada pela omissão do art. 1.832 na disciplina dessa situação híbrida, em que há filhos comuns e exclusivos. Em razão da omissão, a solução cabe ao intérprete. Como salienta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, há três soluções possíveis: considerar todos os filhos como se fossem comuns e assegurar a quarta parte ao cônjuge; considerá-los todos como exclusivos, perdendo o cônjuge a garantia da quarta parte; e realizar cálculo em separado entre descendentes exclusivos e comuns, retirando o que faltar para completar a quarta parte dos quinhões dos filhos comuns (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cit., 2012, p. 408-415). Em nossa opinião em trabalho anterior, a primeira solução é inviável, pois prejudicial a filhos exclusivos que não tem oportunidade de, por assim dizer, recuperar o que perderiam em favor do cônjuge na futura sucessão deste. A terceira nos parece que sofre limitação matemática a partir de determinado número de filhos, nada restando ao filho comum, tendo a desvantagem, ainda, de conferir quinhões diferenciados a filhos comuns e exclusivos. A segunda parece ser a mais razoável, pois os filhos são tratados igualmente, perdendo o cônjuge a cota mínima de um quarto para seus próprios descendentes (ANTONINI, Mauro, cit., p. 2215-2216).

seja, há concorrência e, portanto, sobre bens comuns e particulares⁴²⁸. Nos termos do art. 1.837, a cota do cônjuge é de um terço se concorre com pai e mãe do *de cujus*, e de metade se concorre com um deles ou com ascendentes de segundo grau em diante⁴²⁹.

Na terceira posição, o cônjuge recolhe toda a herança, qualquer que seja o regime de bens do casamento⁴³⁰.

Na quarta posição, figuram os colaterais até o quarto grau, estes herdeiros legítimos facultativos. Para serem excluídos, basta ao testador dispor de todo o patrimônio sem os contemplar, como estatui o art. 1.850 do Código Civil.

O cônjuge tem direito hereditário em uma das situações acima desde que preencha os requisitos do art. 1.830 do Código Civil, isto é, se ao tempo da abertura da sucessão não estava separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste último caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente⁴³¹.

13.2. Relação entre eleição do regime de bens do casamento e proteção sucessória imperativa do cônjuge.

⁴²⁸ Cf. OLIVEIRA, Euclides de. Direito de herança [...], cit., 2005, p. 123-124; RIZZARDO, Arnaldo, cit., 2005, p. 182; VELOSO, Zeno, In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2009; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: sucessões*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 121; CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 92.

⁴²⁹ A interpretação acima defendida, para a concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes, corresponde à disciplina conferida à matéria pelo Código Civil argentino. Na concorrência com descendentes, separam-se os bens próprios, particulares, do *de cujus*, e os aquestos, chamados *gananciales*, em face dos quais há meação em favor do cônjuge sobrevivente. Nos bens particulares, o cônjuge recebe cota igual à dos descendentes, como se fosse mais um deles. Os aquestos são divididos exclusivamente entre os descendentes, excluído o cônjuge (art. 3576). Na concorrência com ascendentes, em que a legítima é de dois terços, o cônjuge recebe metade dela, seja sobre os bens próprios, particulares do *de cujus*, seja em relação aos aquestos (art. 3571) (cf. ZANNONI, Eduardo A, cit., p. 447-448 e 452-453).

⁴³⁰ Cf. OLIVEIRA, Euclides de. Direito de herança [...], cit., 2005, p. 125; ALMEIDA, José Luiz Gavião de, cit. p. 208; VELOSO, Zeno, cit., 2010, p. 88; RIZZARDO, Arnaldo, cit., 2005, p. 188.

⁴³¹ Essa norma é bastante criticada pela doutrina (cf., por exemplo: VELOSO, Zeno, cit., 2010, p. 135-136). A discussão da culpa vem sendo excluída do direito de família, não admitida para extinção do casamento por divórcio, especialmente a partir da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. Sua reintrodução pelo direito das sucessões constitui retrocesso e, pior, torna possível discussão de culpa não entre os cônjuges, mas entre o sobrevivente e seus descendentes. Francisco José Cahali reputa ser norma inaplicável, porque incompatível com a previsão legal que permite constituição de união estável a partir de simples separação de fato (Código Civil, art. 1.723, § 1º) (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*, 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 175-176). Sustentamos em trabalho anterior que essa parte final do art. 1.830, fazendo perdurar o direito sucessório por dois anos, seria aplicável somente enquanto não constituída união estável pelo *de cujus*, pois a partir de então estaria evidenciada, definitivamente, ruptura da comunhão plena de vida resultante do casamento. Essa solução evita eventual disputa e concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro. A partir da Emenda Constitucional 66/2010, pela qual admissível divórcio sem necessidade de prazo de duração do casamento, sem discussão de culpa, parece ser defensável a inconstitucionalidade da parte final desse art. 1.830 (ANTONINI, Mauro, cit., p. 2211-2212).

Questão relevante é a da relação entre proteção sucessória do cônjuge e regime de bens do casamento, isto é, se nosso sistema permite ao legislador impor proteção sucessória imperativa ao cônjuge em aparente contradição com a livre escolha dos nubentes a respeito do regime de bens do casamento, especialmente na separação convencional, quando fizeram opção pela incomunicabilidade dos patrimônios individuais.

Nessa análise, parece oportuno recordar observações de Antônio Chaves a respeito da posição sucessória do cônjuge na ordem da vocação hereditária do Código de 1916. Na terceira posição, recebia a totalidade da herança independentemente do regime de bens. Casado por separação convencional era tratado com proteção idêntica à conferida à comunhão universal. Para lhe assegurar preferência sobre os colaterais, o legislador considerava não importar o regime⁴³². No Código de 2002, essa proteção se aplica indistintamente não só na terceira posição, mas também na segunda, pois concorre sempre com ascendentes.

Essas previsões legais estariam equivocadas? Seria incoerência do sistema, no momento da abertura da sucessão, igualar os regimes de bens? Seria adequada, razoável, proporcional, a ingerência legal, desconsiderando, pelo direito das sucessões, a escolha dos nubentes, no exercício da autonomia privada, quanto às projeções patrimoniais futuras do casamento?

Julgado do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o inc. I do art. 1.829 do Código Civil de 2002, afastou a concorrência hereditária entre descendentes e cônjuge quando se trata de casamento por separação convencional. A relatora Ministra Nancy Andrighi, com amparo em artigo doutrinário de Miguel Reale e Judith Martins-Costa, argumentou que a autonomia privada, expressa pelo regime de bens livremente pactuado, deve projetar efeitos para além da morte de um dos cônjuges, não podendo ser tolhida pelo fenômeno sucessório, de modo que, se o sobrevivente, em ato de vontade livre e consciente, havia concordado com a não comunicação de patrimônios, não poderia postular, na sucessão, concorrência nos bens exclusivos do falecido⁴³³.

⁴³² CHAVES, Antônio, cit., p. 66-67.

⁴³³ Pela relevância e profundidade dos argumentos, convém transcrevê-los:

“Dessa forma, a ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório, nas palavras de MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS COSTA (*in Casamento sob o regime da separação de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial*. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro de 2005. Rio de

Janeiro: Ed. Padma, 2005, p. 226) “*traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida*”.

Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento.

Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada, sob pena de termos um direito muito volátil.

Ressalte-se que o pacto antenupcial é contrato solene, devendo ser lavrado por escritura pública, é dispendioso, poucas são as pessoas que têm informação a respeito e menor ainda é o número de casais que por ele opta, pois o pacto antenupcial pode ser até uma quebra dos próprios sentimentos das pessoas envolvidas afetivamente.

Em se tratando de circunstâncias extraordinárias, em que a situação particular dos nubentes exige o pacto, não hesitarão estes em lançar mão de testamento ou de doação em vida ao cônjuge, para protegê-lo financeiramente, se assim o quiserem. Isso significa dizer que, para esses casais, não se aplica a afirmação de que a maioria das pessoas é avessa a pactos e testamentos. Diversamente, não estão inseridos na situação fática da maioria, ao celebrarem pacto antenupcial, com observância de todas suas solenidades, para regulamentar sua vida civil.

De curial importância o fato de que, se os nubentes pactuaram a separação de bens, muito provavelmente não gostariam que o cônjuge sobrevivente fosse alçado à condição de herdeiro em concorrência com os descendentes. Entendimento em sentido diverso redundará em uma gama de problemas para aqueles que somente podem constituir família mediante pacto antenupcial, consideradas as situações peculiares em que se encontram.

Deve, portanto, ser respeitada a vontade das partes, que ao estipularem o regime de bens sabem exatamente o que estão fazendo. Se, no decorrer da vida em comum, resolverem modificar a comunicabilidade do patrimônio, socorrer-lhes-á a previsão legal do art. 1.639, § 2º, do CC/02, que permite a alteração do regime de bens inicialmente escolhido, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Dessa forma, se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

Isto porque, se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu – conjuntamente – a separação do patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge – o mais grave – após sua morte, concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis dividir nada, nem em vida.

Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que a recorrida – cônjuge sobrevivente –, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Em conclusão, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre a recorrida e o falecido, como se vê, está contemplado nas restrições previstas no art. 1.829, I, do CC/02, em interpretação

Esse julgado do STJ deu solução a problema que se tornou candente a partir da vigência do Código de 2002, relativo à inconveniência de imposição de concorrência entre cônjuge e descendentes na separação convencional, hipótese de sucessão necessária, pois muitas vezes pode acabar acarretando o efeito socialmente indesejado de desestimular o casamento⁴³⁴.

conjugada com o art. 1.687 do mesmo código, o que retira da recorrida a condição de herdeira necessária do autor da herança, em concorrência com os recorrentes, descendentes daquele” (REsp 992749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 01/12/2009).

⁴³⁴ Para adequada compreensão da controvérsia convém recordar que, como o inc. I do art. 1.829 só se refere à separação obrigatória, não à convencional, a doutrina afirmava que na convencional havia concorrência com os descendentes. Até que o professor Miguel Reale, em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 12 de abril de 2003, questionou esse entendimento, argumentando que a concorrência hereditária desvirtuaria o regime da separação convencional, pois nele as partes não desejam comunicação de bens nem mesmo por sucessão hereditária. Por isso propugnou que se interpretasse a expressão separação obrigatória como se fosse o mesmo que convencional ou, então, que fosse alterado o dispositivo, para incluir a convencional dentre as exceções. Sua sugestão foi aceita e o Projeto de Lei 1.792/2007 propõe incluir a separação convencional dentre as exceções. Em trabalho anterior, ponderei não ser possível confundir separação obrigatória com convencional, visto que a doutrina tradicionalmente as distingue, tendo fundamentos diversos. Além disso, não há incompatibilidade entre separação convencional e proteção sucessória do cônjuge, visto que este concorre com ascendentes qualquer que seja o regime de bens; recolhe toda a herança na terceira posição não importando o regime de bens; tem direito real de habitação qualquer que seja o regime; a partir do Estatuto da Mulher Casada e até a entrada em vigor do Código de 2002 gozava de usufruto viual em concorrência com descendentes e ascendentes. Além disso, seria incoerente conceder concorrência do cônjuge com descendentes nos bens particulares na comunhão parcial, ainda que os únicos existentes, afastando-a na separação convencional. Por último, ponderei que o Código atual busca, inegavelmente, proteção mais efetiva ao cônjuge sobrevivente e a concorrência com os descendentes na separação convencional está afinada com essa tendência. Não obstante, há problema sério a ser enfrentado, subjacente à posição de Miguel Reale, que é o fato de que os optantes pela separação convencional muitas vezes de fato não desejam, de forma alguma, concorrência hereditária imperativa, como pode ser o caso de pessoas de idade mais avançada, autossuficientes, com patrimônios próprios, com filhos de uniões anteriores, que não aceitam a possibilidade de que seus bens venham a ser herdados em sucessão subsequente pelos filhos exclusivos do cônjuge sobrevivente, ou por um novo cônjuge deste. Essa perspectiva, diante da concorrência imperativa, pode levá-los a não se casar, nem constituir união estável, efeito socialmente indesejado. Tal risco não existia quando a concorrência se dava em usufruto viual, pois este se extinguiu com a morte do cônjuge sobrevivente. No trabalho anterior, defendi a solução de se aceitar que, no pacto antenupcial ou posteriormente com base no § 2º do art. 1.639, os nubentes pudessem optar por afastar a concorrência com os descendentes, renunciando a tal direito previamente. Em outras palavras, a concorrência, nessa hipótese particular, ante o efeito contrário ao interesse social, deixaria de representar hipótese de sucessão necessária, seria de livre escolha dos cônjuges. À objeção de que tal avença poderia representar violação ao art. 426 do Código Civil, norma proibitiva de pacto sobre herança de pessoa viva, argumentei, com base em lições de Inocêncio Galvão Telles (*Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 128), que o motivo principal para essa proibição é evitar que um dos contratantes passe a desejar a morte do outro, o que não se verifica no caso de renúncia antecipada a herança. Esta é vedada por razões mais brandas, ou seja, para que seja conservado o direito de aceitar ou renunciar até a abertura da sucessão, quando é possível melhor aquilatar o patrimônio objeto da renúncia, e para evitar eventual pressão do *de cujus* ou receio de desagradá-lo. Esses motivos mais brandos não deveriam se sobrepor ao valor mais relevante em jogo, que é o de evitar obstáculo que leve pessoas desejosas de formar família a desistir do casamento. O julgado do Superior Tribunal de Justiça, vedando peremptoriamente a concorrência com descendentes no regime de separação convencional, embora resolva o problema antevisto pelo professor Miguel Reale, acarreta retrocesso à situação do direito brasileiro anterior ao Estatuto da Mulher Casada, pois, a partir deste, o cônjuge, casado por regime distinto da comunhão universal, tinha direito ao usufruto viual. Pelo teor do julgado, a partir do Código de 2002, em regime de separação convencional, não concorrem em propriedade plena nem em usufruto, podendo ficar desamparado na abertura da sucessão (ANTONINI, Mauro, cit., p. 2201-2204).

Mas não parece ser possível levar a extremos a projeção reconhecida nesse julgado à autonomia privada dos nubentes na escolha do regime de bens do casamento.

A colocação do cônjuge na segunda posição da ordem da vocação hereditária em concorrência com ascendentes e na terceira isoladamente, em ambas como herdeiro necessário, não importando o regime de bens, igualados todos eles, representa o reconhecimento pelo legislador da relevância dos laços afetivos entre os cônjuges para o fim de nortear a escolha dos sucessores na sucessão legítima, independentemente do vínculo de sangue e do regime de bens do casamento. É o reconhecimento pela lei de que, embora escolhido o regime de separação por livre opção dos nubentes, no exercício de sua autonomia privada, essa opção, no momento da abertura da sucessão, à falta de descendentes, se torna irrelevante perante norma impositiva. O motivo para essa imposição legal, desconsiderando as nuances de distintos regimes de bens, está na natureza complexa da relação jurídica instituída pelo casamento, que não se esgota no aspecto patrimonial da opção dos nubentes pelo regime de bens. Na sucessão necessária, sobressaem-se outras facetas dessa relação. Especialmente a comunhão plena de vida que se institui com o casamento e o dever de solidariedade recíproca entre os cônjuges. Esses dois aspectos são essenciais ao casamento, não importando o regime de bens eleito. Pacto antenupcial no qual se avençasse excluir o dever de solidariedade recíproca, de mútua assistência, seria nulo nesse particular (art. 1.655 do Código Civil)⁴³⁵. O dever de mútua assistência (Código Civil, art. 1.566, III), segundo afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, é forma de materialização da solidariedade social e familiar adotada como princípio da República, no art. 3º da Constituição⁴³⁶.

A mútua assistência, sob o aspecto do amparo material devido ao outro cônjuge, se expressa por diversas formas. Pela prestação do que o outro necessita para viver durante a permanência da sociedade conjugal. Pelos alimentos estipulados durante separação de fato. Pelos alimentos que, fixados no divórcio, protraem-se para além do término da sociedade conjugal. Por meio de direitos hereditários conferidos ao cônjuge sobrevivente em caráter imperativo, seja contemplado com fração ou toda a herança, seja pela atribuição de direito real de habitação, seja pela atribuição de legado *ex lege* de alimentos⁴³⁷, realizando-se,

⁴³⁵ Exemplo de nulidade do pacto antenupcial, por violação a disposição absoluta de lei, apresentado por Milton Paulo de Carvalho Filho, é o da dispensa de deveres decorrentes do matrimônio, inclusive o de mútua assistência entre os cônjuges (CARVALHO FILHO, Milton Paulo, cit., p. 1871).

⁴³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENDA, Nelson, cit., p. 194

⁴³⁷ Cf. o Capítulo 10. Especialmente em razão da orientação jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no referido precedente, excluindo a concorrência do cônjuge casado por separação convencional

dessa forma, um dos fundamentos da sucessão necessária, de projeção, após a morte, dos deveres de cuidado do *de cuius* em face de familiares mais próximos.

Em suma, não parece ser possível afirmar em caráter genérico, como se fosse regra geral, que há preponderância da autonomia privada dos nubentes sobre o direito sucessório. Cabe à lei definir os termos da inter-relação entre autonomia privada e proteção imperativa de familiares mais próximos. Essa proteção imperativa, representada pela sucessão necessária, tem fundamento constitucional⁴³⁸, afastando a liberdade testamentária nos limites reputados adequados pelo legislador, limitando, por extensão, a autonomia privada dos nubentes na escolha do regime de bens do casamento.

O que não impede que, em determinadas situações particulares, em caráter excepcional, o aplicador da lei possa afastar a proteção imperativa se reconhece que a abstrata previsão legal, ao procurar proteger familiares mais próximos, o cônjuge na hipótese ora examinada, acaba por prejudicá-lo, acarretando efeito inverso de desestimular o próprio casamento.

13.3. O companheiro sobrevivente como herdeiro necessário.

Embora omitido do rol do art. 1.845, o companheiro sobrevivente também deve ser considerado herdeiro necessário.

Pois a Constituição não permite diferenciação entre casamento e união estável no que têm de igual, que são os vínculos de afeto, respeito e solidariedade, norte do legislador infraconstitucional na disciplina do direito sucessório. Sob esse fundamento de isonomia imposta pela Constituição, a condição de herdeiro necessário do cônjuge se estende ao companheiro⁴³⁹.

É certo que o Código de 2002, ao disciplinar a sucessão do companheiro em seu polêmico art. 1.790, não o equiparou ao cônjuge. Em nosso entender, essa norma padece de inconstitucionalidade, justamente por desigualar união estável e casamento nos aspectos em que são idênticos, que são os vínculos acima referidos⁴⁴⁰. Registre-se que se trata de

com descendentes, parece ser provável que venha a ganhar relevância em tais casos a transmissão da obrigação alimentar, se o *de cuius* prestava alimentos espontaneamente ao cônjuge, não tendo este outros meios de subsistência, hipótese em que cabe reconhecer direito ao legado *ex lege* de alimentos.

⁴³⁸ Cf. o item 4.5 supra.

⁴³⁹ Cf. o item 12.1, em que essa questão da isonomia de direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro, imposta pela Constituição, foi abordada amplamente, com relação de argumentos contra e a favor da tese.

⁴⁴⁰ A defender essa tese, a aprofundada análise de Ana Luiza Maia Nevares (NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 185-214). Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. A inconstitucionalidade do art. 1.790 do

questão polêmica, na doutrina e na jurisprudência, com respeitáveis opiniões em sentido contrário⁴⁴¹.

Mesmo que se considere constitucional o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, isto é, ainda que se entenda aplicável o art. 1.790, e apesar da omissão no rol do art. 1.845, o companheiro é herdeiro necessário, pois, nos termos da argumentação de Carlos Roberto Barbosa Moreira, em atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira, o art. 1.790 também prevê concorrência do companheiro com descendentes e ascendentes. Tendo descendentes ou ascendentes, o autor da herança não pode dispor de todo o patrimônio e, na porção indisponível, o companheiro concorre com descendentes e ascendentes, necessariamente⁴⁴². Acrescente-se que, se herda necessariamente em concorrência com descendentes e ascendentes, seria incongruente não lhe reconhecer direito a herança necessária quando, à falta de descendentes e ascendentes, concorre com estranho, herdeiro ou legatário testamentário. Nessa hipótese, deve lhe ser assegurada no mínimo cota hereditária igual à que teria na concorrência com ascendentes.

A corrente contrária, que reputa o companheiro herdeiro legítimo facultativo e não necessário, considera decisivo o fato de não ter sido incluído no rol do art. 1.845⁴⁴³. A omissão do cônjuge nessa norma, no entanto, não foi proposital, pois o art. 1.845 é norma que se completa com o art. 1.850, pelo qual se afirma que, para excluir colaterais, basta ao testador dispor de todo seu patrimônio sem o contemplar. O companheiro deveria ter sido

Código Civil, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48. Rio de Janeiro: Editora Padma, outubro-dezembro de 2011; e FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48. Rio de Janeiro: Editora Padma, outubro-dezembro de 2011; COELHO, Fábio Ulhoa, cit., p. 269-271. Em trabalho anterior, ao comentar o art. 1.790 do Código Civil de 2002, alinhei-me com essa posição, sustentando que, ao estabelecer disciplina sucessória ao companheiro, sem isonomia com o cônjuge, esse artigo seria inconstitucional (ANTONINI, Mauro, cit., p. 2141-2142).

⁴⁴¹ O Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu Órgão Especial, apreciou arguição de inconstitucionalidade do art. 1.790, em razão da reserva de plenário do art. 97 da Constituição, e declarou, por maioria, constitucional o art. 1.790 do Código Civil (Arguição de inconstitucionalidade 0359133-51.2010.8.26.0000, rel. Des. Cauduro Padin, j. 14/09/2011). A Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais também apreciou incidente de arguição de inconstitucionalidade e considerou essa norma constitucional (Arg. Inconstitucionalidade 1.0512.06.032213-2/002, rel. Des. Paulo César Dias, j. 09.11.2011). No Superior Tribunal de Justiça, foi suscitado incidente de inconstitucionalidade dos incs. III e IV do art. 1.790 (AI no REsp n. 1.135.354, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 24.05.2011), encaminhada a questão à apreciação da Corte Especial, mas ela, por maioria, deliberou não apreciar a questão, por reputar ser matéria de competência do Supremo Tribunal Federal em julgado de 03/10/2012. Enquanto não examinada pelo Supremo Tribunal Federal, a questão permanecerá em aberto.

⁴⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 162-168.

⁴⁴³ Nesse sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de, cit., p. 251; LEITE, Eduardo de Oliveira, cit., p. 328-329; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, cit., 2007, p. 131-132; NADER, Paulo, cit., vol. 6, p. 167; CAHALI, Francisco José; CARDOSO, Fabiana Domingues. A Sucessão na União Estável, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orientação); CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.) *Direito das Sucessões: direito civil*, vol. 8. São Paulo: RT, 2008, p. 144-146.

incluído no rol dos herdeiros necessários do art. 1.845 ou no rol de herdeiros legítimos facultativos do art. 1.850. Recorde-se que o Código de 2002 resultou de projeto de lei apresentado ao Congresso em 1975, antes da Constituição de 1988, quando não se cogitava proteger a união estável, e os dispositivos que no Código fazem referência a essa entidade familiar foram objeto de emendas. No livro do direito das sucessões, faltou incluir o companheiro ou no art. 1.845 ou no art. 1.850. Diante da omissão, parece mais razoável a posição que protege o companheiro, inclusive por ser a única que guarda coerência com as hipóteses nas quais concorre com descendentes e ascendentes necessariamente.

Por último, quanto ao rol do herdeiros necessários no Código de 2002, recorde-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de natureza vinculante, a estender todos os direitos da união estável heteroafetiva à união homoafetiva, de modo que tudo o que foi acima afirmado em relação à união estável se estende às uniões entre pessoas do mesmo sexo⁴⁴⁴.

13.4. Exclusão de sucessíveis necessários.

13.4.1. Indignidade.

A proteção imperativa a familiares mais próximos representada pela sucessão necessária, e que em regra não pode ser afastada pelo autor da herança, encontra exceção nas hipóteses pelas quais se admite a exclusão de sucessíveis, por indignidade e deserdação.

A indignidade, disciplinada nos arts. 1.814 a 1.818 do Código Civil, constitui ato ilícito praticado por sucessor contra o autor da herança, a revelar ingratidão incompatível com a transmissão hereditária, sancionada com a exclusão da sucessão. Aplica-se a todo tipo de sucessor, herdeiro legítimo (necessário ou facultativo), testamentário e legatário (necessário ou testamentário). Aplica-se, ainda, ao cônjuge do sucessor se, pelo regime de bens do casamento, como se dá na comunhão universal, a herança a ele se comunicar⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ, esta conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, rel. Min. Ayres Britto, dez votos a zero, j. 05.05.2011.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Tendo o genro assassinado o sogro, não faz jus ao acervo patrimonial decorrente da abertura da sucessão. Mesmo quando do divórcio, e ainda que o regime do casamento seja o da comunhão de bens, não pode o varão receber a meação constituída dos bens percebidos por herança. (Ap. 70.005.798.004, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 09.04.2003, m.v.).

Não se aplica ao cônjuge meeiro, em relação à meação, pois não é herança e preexiste à sucessão⁴⁴⁶.

As hipóteses de indignidade são as tipificadas no art. 1.814. São as seguintes: a) autoria, coautoria ou participação em homicídio doloso, tentado ou consumado, contra o autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes⁴⁴⁷; b) denúncia caluniosa em juízo contra o *de cujus*, ou incorrer em crime contra sua honra, de seu cônjuge ou companheiro⁴⁴⁸; c) e, por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade⁴⁴⁹.

Costuma-se afirmar que essas hipóteses são taxativas, mas parece mais correto o entendimento de que comportam analogia limitada⁴⁵⁰.

A aplicação da sanção demanda ação própria, como dispõe o art. 1.815, sujeita, segundo seu § único, a prazo decadencial de quatro anos contado da abertura da

⁴⁴⁶ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 116.

⁴⁴⁷ A doutrina costuma afirmar que, exigível o dolo, excluem-se o homicídio culposo e o preterdoloso, em que o resultado advém de culpa. Dispensa-se condenação criminal. A absolvição por legítima defesa ou estado de necessidade exclui o crime e, portanto, a indignidade. Não se aplica essa causa de indignidade quando há erro de execução, ou seja, se atingida pessoa que não se visava matar (cf. MONTEIRO, Washington de Barros, cit., p. 64-65; RODRIGUES, Sílvio, cit., vol. 7, 2002, p. 67-69; PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 38). Sílvio de Salvo Venosa entende que a eutanásia caracteriza essa hipótese de indignidade (VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., vol. 7, 2008, p. 60), mas parece melhor a posição de que, evidenciado intuito piedoso e não ingratidão, não há violação do valor que a indignidade visa a preservar, não se justificando a exclusão do sucessor (cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 91; e BARREIRA, Dolor, cit., p. 96-97). Diverge-se na doutrina sobre se a inimputabilidade penal sempre exclui a indignidade: Orlando Gomes afirma que sim (GOMES, Orlando, cit., 2004, p. 34); Sílvio de Salvo Venosa sustenta que o sentido ético da norma civil justifica a exclusão da sucessão de menores de 18 anos (VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., p. 59); a nós parecendo ser possível aplicar a sanção civil, que é um *minus* em relação à penal, a menor púbere, pois ele já tem discernimento, embora reduzido. Aos relativamente incapazes, não seria possível fazer incidir a pena de indignidade (ANTONINI, Mauro, cit., p. 2183).

⁴⁴⁸ O juízo referido é o criminal. Inclui-se o falso testemunho em juízo criminal, por ser conduta similar à denúncia caluniosa, tese defendida por Carvalho Santos (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 217). Nos crimes contra a honra, interpreta-se a expressão “incorrer” como exigência de condenação criminal. Embora não se possa inferir claramente tal exigência do texto da lei, justifica-se a exigência de condenação criminal porque se trata de crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação, havendo necessidade, portanto, de provocação da vítima (Cf. ANTONINI, Mauro, op. cit., p. 1814).

⁴⁴⁹ Equiparam-se a esses tipos legais as condutas de ocultar ou destruir o testamento particular ou cerrado (cf. MONTEIRO, Washington de Barros, cit., p. 66).

⁴⁵⁰ Como observamos em trabalho anterior, a doutrina costuma afirmar que são hipóteses taxativas, incabível analogia ainda que “... o beneficiado haja cometido faltas mais graves e clamorosas do que as decorrentes da letra rigorosa e clara da lei ...” (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. I, 1964, p. 88). Mas, como sustenta José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira, cit., p. 139), deve ser admitida analogia limitada, para aplicação da sanção a situações em que o mesmo valor protegido pela norma é atingido. O inc. I do art. 1.814, por exemplo, faz referência a homicídio doloso, tentado ou consumado, contra o *de cujus*, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, situação que tecnicamente não se confunde com induzimento ou instigação ao suicídio, com latrocínio ou com extorsão mediante sequestro qualificado pela morte, hipóteses em que também há atentado à vida do *de cujus* ou dos demais sujeitos protegidos. A essas outras situações, por indispensável coerência do sistema, é preciso estender a pena de indignidade (ANTONINI, Mauro, op. cit., p. 2184).

sucessão⁴⁵¹. Há divergência sobre a legitimidade ativa. Alguns sustentam que teriam legitimidade somente os sucessores que poderiam ser beneficiados economicamente com a exclusão do indigno⁴⁵², outros ponderam que seria extensiva a todos com interesse moral na sucessão⁴⁵³ e, por fim, há os que estendem a legitimidade inclusive a credores dos coerdeiros que poderiam ser beneficiados pela exclusão⁴⁵⁴. Dentre essas posições, nos parece melhor a intermediária, aplicando-se por similaridade o rol de legitimados do § único do art. 12 do Código Civil. Essa norma confere legitimidade ao cônjuge sobrevivente, a qualquer parente em linha reta ou a colateral até o quarto grau, para requerer medidas contra ameaças ou lesão a direitos da personalidade do morto, reclamando perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. A exclusão do indigno parece se inserir nessas outras sanções previstas em lei, pois relacionada à defesa da dignidade do morto. Deve ser reconhecida, também, legitimidade concorrente ao Ministério Público, pois há inegável interesse social em impedir o resultado moralmente abjeto do indigno, que matou o autor da herança por exemplo, se locupletar com a herança⁴⁵⁵.

Os efeitos da indignidade são pessoais, não passando da pessoa do apenado, de modo que é considerado como se fosse sucessor pré-morto. No caso de herdeiro descendente, por exemplo, seus filhos podem herdar por direito de representação — com a particularidade de que o indigno não tem direito ao usufruto ou à administração dos bens que couberem a seus sucessores, nem a recebê-los por eventual sucessão subsequente (Código Civil, art. 1.816, § único). Se o excluído for herdeiro ou legatário testamentário, a

⁴⁵¹ José Luiz Gavião de Almeida entende possível o decreto de exclusão por indignidade no próprio inventário, quando se tratar de questão que não envolva alta indagação, quando o pleito tem por fundamento, por exemplo, condenação criminal por homicídio doloso consumado transitada em julgado (ALMEIDA, José Luiz Gavião de, cit., p. 163-164). Como o art. 1.815 faz referência a declaração por sentença, nos parece que será necessária, sempre, ação própria (nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto, cit., vol. VII, 2007, p. 104-105).

⁴⁵² Cf., por exemplo: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cit., 2003, p. 152-153.

⁴⁵³ Nesse sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de, op. cit., p. 164.

⁴⁵⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., vol. I, 1964, p. 82; e MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 67. Parece mais adequada a posição de Francisco José Cahali, que reputa excessiva a extensão da legitimidade a credores dos sucessores que podem se beneficiar com a exclusão por indignidade, pois, se assim fosse, seria caso de admitir a legitimidade dos credores para ajuizar, em nome de seu devedor, ação indenizatória, de repetição de indébito etc., o que se afigura excessivo (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cit., p. 112).

⁴⁵⁵ Nesse sentido o Enunciado n. 116 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002: “O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário”. Em sentido contrário: MONTEIRO, Washington de Barros, cit., p. 67; e GONÇALVES, Carlos Roberto, cit., vol. VII, 2007, p. 106.

disposição testamentária caduca, podendo ser caso de substituição vulgar ou fideicomissária, ou direito de acrescer, e, eventualmente, não cabendo uma dessas hipóteses, incidir a sucessão intestada. É situação distinta da renúncia à herança em que o sucessor é considerado como se fosse inexistente em relação àquela sucessão, não se cogitando de direito de representação etc.

Eventuais alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, realizadas pelo indigno antes da sentença de exclusão, são válidas, resolvendo-se em pleito de perdas e danos contra o sucessor excluído (Código Civil, art. 1.817, § único). A contrário senso, alienações gratuitas ou a terceiros de má-fé podem ser desfeitas.

Por último, o art. 1.818 do mesmo código prevê a possibilidade de o autor da herança reabilitar o indigno expressamente, por testamento ou outro ato autêntico. E, em seu § único, que, se não houver reabilitação expressa, mas o testador, ciente da causa de indignidade, fizer disposição testamentária em favor do indigno, este sucede nos limites desta, ainda que tivesse direito a mais, por exemplo, como herdeiro necessário.

13.4.2. Deserdação.

A deserdação se diferencia da indignidade porque é hipótese de exclusão aplicável somente a sucessíveis necessários e demanda manifestação de vontade do autor da herança em testamento.

Embora o art. 1.961 do Código Civil faça menção a herdeiros necessários, deve-se reconhecer que o legislador quis se referir a todo aquele que sucede necessariamente, incluindo legatários necessários, como nos casos de direito real de habitação, legado *ex lege* de alimentos e direitos de crédito a dependentes previdenciários. O legatário necessário, como examinado no item 5.1, pode ser até mesmo pessoa estranha à ordem da vocação hereditária e estará sujeita a deserdação. O Código Civil não contém sistematização adequada da sucessão necessária, contemplando hipóteses de legados necessários sem denominá-las como tal, o que explica que, no art. 1.961, faça referência somente a herdeiros necessários, quando evidente a intenção de abranger todos os sucessíveis necessários. O companheiro sobrevivente, por ser em nossa opinião herdeiro necessário, também se sujeita à deserdação.

Não cabe deserdação de herdeiros facultativos, porque desnecessária, bastando ao testador dispor de todo o patrimônio sem os contemplar (Código Civil, art. 1.850). Os

herdeiros facultativos entre nós são somente os colaterais até o quarto grau (inclui-se também o companheiro, para quem adota a orientação de que não é herdeiro necessário). Os facultativos não se sujeitam à deserdação enquanto herdeiros, mas, se forem legatários necessários, a deserdação lhes é aplicável. Assim, por exemplo, para quem entenda que o companheiro não é herdeiro necessário, caberia deserdação para exclusão do direito real de habitação.

As causas de deserdação são as mesmas tipificadas para a indignidade (art. 1.814), acrescidas das relacionadas no art. 1.962 (a autorizar deserdação de descendentes por seus ascendentes⁴⁵⁶) e no art. 1.963 (que autorizam deserdação de ascendentes por descendentes⁴⁵⁷). O legislador não estabeleceu causas adicionais de deserdação, além das de indignidade, para o cônjuge. O Projeto de Lei 669/2011 pretende suprir essa omissão, criando o art. 1.963-A, com causas de deserdação do cônjuge (e que serão extensivas ao companheiro caso se entenda que é herdeiro necessário). Até a eventual aprovação desse projeto, o cônjuge e o companheiro só podem ser deserdados mediante aplicação de uma das causas de indignidade.

Mesmo à falta de disposição legal expressa, a doutrina reputa estender-se ao deserdado a disciplina do indigno quanto aos efeitos da exclusão, ou seja, é considerado sucessor pré-morto, não tendo direito à administração ou usufruto dos bens que seus descendentes venham a herdar por direito de representação⁴⁵⁸. Admite-se o perdão do testador ao deserdado⁴⁵⁹.

A causa da deserdação deve ser expressamente declarada no testamento (Código Civil, art. 1.964), mas isso não é bastante. É preciso que aquele a quem aproveite a deserdação ajuíze ação de deserdação, provando a veracidade da causa alegada pelo

⁴⁵⁶ São as seguintes: prática de ofensa física, injúria grave, de relações ilícitas com a madrastra ou com o padrasto, e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

⁴⁵⁷ Ofensa física e injúria grave, e também relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta; e desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

⁴⁵⁸ Zeno Veloso destaca a posição de Washington de Barros Monteiro, no sentido de que os sucessores do deserdado não herdam por direito de representação, ressalvando ser opinião isolada na doutrina brasileira (VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 320-321).

⁴⁵⁹ Há doutrinadores que reputam necessário veicular o perdão por testamento (VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 326; CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 118-119), mas parece bastar qualquer ato autêntico, por similitude com o que se permite na indignidade (cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 154), solução mais benevolente, mais compatível com a natureza do ato, de favorecimento e perdão do deserdado, sem acarretar insegurança jurídica, pela exigência de autenticidade, certeza do conteúdo da manifestação da vontade.

testador (art. 1.965 do Código Civil)⁴⁶⁰. A norma confere legitimidade ativa àqueles que serão favorecidos economicamente pela deserdação, podendo ser até mesmo o Município se não houver sucessores. Recorde-se, porém, que são causas de deserdação as mesmas da indignidade e, no caso de indignidade, o rol de legitimados ativos é ampliado, do § único do art. 12 do Código Civil, incluindo o cônjuge e parentes em linha reta sem limite e, na linha colateral, até o quarto grau, e até mesmo o Ministério Público. Diverge-se sobre a extensão da legitimidade ativa para a ação de deserdação ao testamenteiro, parecendo melhor a posição negativa, pois os legitimados, nos expressos termos do art. 1.965, são aqueles a quem a deserdação aproveita em termos econômicos, o que não se verifica no caso do testamenteiro que não cumula as posições de herdeiro ou legatário⁴⁶¹. A ação de deserdação está submetida a prazo decadencial de quatro anos contado da abertura do testamento⁴⁶².

⁴⁶⁰ Zeno Veloso recorda que o Código de 2002 não reproduziu a norma do art. 178, § 9º, IV, do Código de 1916, que previa prescrição para ação de impugnação de deserdação e, assim, não seria mais cabível essa ação (VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 337-338), mas não há razão para negar ao deserdado ação declaratória para breve resolução do impasse, declarando-se inexistente a causa de deserdação, com base no art. 4º, I, do Código de Processo Civil (VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., vol. 7, 2008, p. 304). Zeno Veloso entende cabível ação cautelar de produção antecipada de provas ajuizada pelo testador, para deixar comprovada a causa da deserdação, medida preparatória para a futura ação de deserdação (op. cit., Saraiva, 2003, p. 319).

⁴⁶¹ Sílvio de Salvo Venosa, em edição mais recente de sua obra, passou a defender a legitimidade do testamenteiro, como pessoa a quem foi confiado o cumprimento das disposições de última vontade (VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., vol. 7, 2008, p. 304).

⁴⁶² Embora o § único do art. 1.965 faça referência a abertura do testamento, abertura efetivamente só existe no caso de testamento cerrado. Os demais estão sujeitos a registro e determinação de cumprimento, constituindo esse o termo inicial do prazo.

A LEGÍTIMA.

14.1. Composição da legítima e seu cálculo.

Enuncia o art. 1.846 do Código Civil que a legítima pertence de pleno direito aos herdeiros necessários e corresponde à metade dos bens da herança. A fração de metade é inalterável. Não importa o número de herdeiros necessários ou a qualificação deles. Basta haver um. Por conseguinte, nos termos do art. 1.789 do Código Civil, havendo herdeiro necessário, o testador só poderá dispor de metade da herança, a chamada porção disponível. Para evitar que, por meio de doações, possa burlar a proteção dos herdeiros necessários, lhe é vedada, também, sob cominação de nulidade, doação de mais do que, ao tempo da liberalidade, poderia dispor por testamento (Código Civil, art. 549). No excedente à porção disponível, há inoficiosidade, sujeitando-se o excesso a redução.

O art. 1.847 do Código Civil dispõe: “Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas de funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”.

No cálculo da legítima, a primeira providência, não mencionada nessa norma, é a separação de eventual meação do cônjuge ou companheiro sobrevivente. A meação não é direito hereditário, mas resultante do direito de família, do regime de bens do casamento ou da união estável, preexistente à sucessão. Separada a meação, o restante é a herança.

A etapa seguinte é a do pagamento das dívidas e das despesas de funeral, disciplinado nos arts. 1.997 a 2.001 do Código Civil e arts. 1.017 a 1.021 do Código de Processo Civil.

Nos termos dessas normas, o pagamento se verifica mediante habilitação dos credores perante o juízo do inventário, apresentando prova literal da dívida (CPC, art. 1.017 e seu § único). Havendo concordância geral, separa-se dinheiro para pagamento ou, não havendo, bens suficientes a serem levados à hasta pública, podendo ser adjudicados ao credor, se todos aceitarem (§§ 2º, 3º e 4º desse art. 1.017). Se se tratar de credor de dívida líquida e certa ainda não vencida, separam-se bens para futuro pagamento (CPC, art. 1.019). Na hipótese de não haver concordância de todos os interessados, bastando impugnação de um deles, e que não precisa ser fundamentada, o credor é remetido aos “meios ordinários” (CPC, art. 1.018), compreendendo-se como tal ação de cobrança,

monitória ou execução. A não ser que a impugnação do interessado esteja fundamentada em pagamento, “acompanhada de prova valiosa”, o juiz do inventário manda reservar bens suficientes para o pagamento, providência cuja subsistência fica condicionada ao ajuizamento da ação respectiva no prazo de trinta dias (Código Civil, §§ 1º e 2º do art. 1.997). O legatário se manifesta sobre as dívidas quando a herança é toda dividida em legados ou quando o legado puder ser afetado (CPC, art. 1.020), incluindo-se, por coerência, legatários testamentários e também os necessários anteriormente citados neste trabalho.

Após a partilha, os herdeiros, ou legatários se os legados houverem de ser reduzidos, respondem pelas dívidas em proporção à parte da herança que lhes coube (Código Civil, art. 1.997 *caput*, parte final), ou seja, não há solidariedade, cabendo ao credor cobrar de cada um deles sua respectiva cota no débito pendente. Ainda após a partilha, os credores da herança e os legatários — quando se tratar de legados obrigatórios, a serem cobrados de outros sucessores — podem exigir que, do patrimônio do sucessor, sejam discriminados os bens do quinhão na herança, para facilitar a cobrança, pois o herdeiro só responde nos limites das forças da herança. Se houver concorrência entre credores do *de cuius* e credores do sucessor, aqueles têm preferência sobre estes (Código Civil, art. 2.000).

Outras disposições a respeito do pagamento das dívidas são as seguintes: a) segundo o art. 1.998 do Código Civil, o espólio responde pelas despesas de funeral, mas não as de sufrágios pela alma do falecido, salvo se ordenados em testamento ou codicilo; b) de acordo com o art. 1.999 do mesmo Código, o coerdeiro que pagar dívida pela qual os demais deveriam também responder tem direito regressivo em face destes e, se um deles for insolvente, sua parte é suportada pelos demais em proporção⁴⁶³.

Recorde-se, ainda, que o cumprimento de legado necessário de alimentos não se confunde com o pagamento das dívidas ora examinado⁴⁶⁴.

Na fase do pagamento das dívidas e das despesas de funeral, haverá insolvência do espólio caso o ativo não seja suficiente para adimpli-las. Na hipótese contrária, haverá

⁴⁶³ Em comentário à norma similar do Código de 1916, Carlos Maximiliano explicava que exemplo de dívida paga por um herdeiro pela qual os demais deveriam responder seria a material ou juridicamente indivisível. Esse autor ainda observava que, se o herdeiro pagou a dívida e demorou para exercer o direito regressivo, ocorrendo nesse meio tempo a insolvência do coerdeiro, perde o direito, por sua negligência, de cobrar dos coerdeiros solventes em direito regressivo a parte que seria devida pelo insolvente. Também perde esse direito regressivo, da parte do insolvente, se pagou por sua conta risco dívida que não lhe podia ser exigida por inteiro (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 367-369)

⁴⁶⁴ Cf.. o Capítulo 10, item 10.12.

herança líquida a ser partilhada. Essa herança líquida é divida meio a meio, fixando-se a porção disponível. A porção indisponível não corresponde à outra metade, pois ainda falta acrescentar o valor dos bens sujeitos à colação. O art. 2.002, § único, do Código Civil, complementando o art. 1.847 do mesmo Código, dispõe, com efeito, que o valor dos bens sujeitos a colação é computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível. Com o acréscimo da colação, a indisponível se torna maior do que a disponível.

Os credores não podem exigir seus créditos sobre o valor objeto da colação, pois, como visto, o pagamento das dívidas ocorre em momento anterior à adição desse valor. Situação diversa ocorre quando se trata de legado necessário de alimentos, segundo a posição que defendemos no Capítulo respectivo, pois entendemos que, para arbitramento desses alimentos, a serem exigidos dos sucessores onerados, deve ser considerado inclusive o valor da colação⁴⁶⁵.

14.2. Legítima e partilha em vida.

Da combinação dos arts. 2.014 e 2.018 do Código Civil resulta ao autor da herança o direito de promover a chamada partilha em vida, por meio de doação ou testamento, também chamada de partilha-doação ou partilha-testamento⁴⁶⁶.

Se feita por doação, os potenciais herdeiros devem participar, aceitando a doação, exceto se absolutamente incapaz, em face do qual a aceitação é presumida (Código Civil, art. 543). Se um dos herdeiros potenciais não participar, a consequência é a de que a doação não poderá ser considerada partilha em vida, mas simples doação, adiantamento de herança nos termos do art. 544, a impor colação nos termos dos arts. 2.002 e seguintes, embora haja opinião de que a partilha em vida seria nula⁴⁶⁷.

Normalmente, para não incidir na causa de nulidade da doação do art. 548, que veda a doação de todos os bens sem reserva de alguns ou de renda para a sobrevivência do doador, estabelece-se reserva de usufruto vitalício em favor dele⁴⁶⁸. O casado por regime que implique em comunhão de bens não pode, isoladamente, se valer da partilha-doação,

⁴⁶⁵ Cf. o Capítulo 10, item 10.11.

⁴⁶⁶ Cf. VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 437.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 437.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 437.

pois não tem propriedade exclusiva de metade do patrimônio em comunhão e, por isso, a partilha em vida só será viável se conjuntiva, isto é, se realizada por ambos os cônjuges⁴⁶⁹.

A vantagem da partilha em vida por meio de doação é evitar o inventário. Mas este será necessário se sobrevierem bens ou herdeiros. Segundo a doutrina, não se trata propriamente de doação, mas negócio *sui generis*, ou seja, partilha antecipada, evitando-se inventário⁴⁷⁰.

Pela redação do art. 2.018, parece só admitir partilha em vida feita por ascendente em favor de descendentes, mas Euclides de Oliveira explica não haver razão para não reconhecer validade à realizada por qualquer pessoa, tal como admite o art. 2.014 em relação à partilha em vida por testamento⁴⁷¹.

Por testamento, o autor da herança delibera quais bens caberão no quinhão de cada herdeiro.

Há relação entre partilha em vida e sucessão necessária, porque tal partilha deve observar a legítima, de modo que, havendo herdeiros necessários, deverá ser respeitada a porção indisponível e, dentro dela, a igualdade ou a proporção legal estabelecida em favor de cada um deles.

Euclides de Oliveira explica haver divergência doutrinária a respeito da consequência da partilha-doação que não respeita os limites das legítimas, com corrente a sustentar que seria caso de colação e outra que a hipótese é de redução da inoficiosidade⁴⁷². Se for caso de colação, não havendo dispensa nos termos do art. 2.005 do Código Civil, o donatário deve conferi-la por inteiro na sucessão do doador, de modo que não retém nem mesmo o correspondente à parte disponível por testamento. Se for mera redução da inoficiosidade, a partilha-doação é reduzida até recompor a parte indisponível, preservando-se a doação da parte disponível. Essa segunda corrente parece ser a mais adequada, pois não se trata simplesmente de doação em adiantamento de herança, nos termos do art. 544, que é a doação que impõe colação, mas de partilha antecipada, para evitar o inventário, à qual comparecem e anuem todos os herdeiros.

⁴⁶⁹ Cf. OLIVEIRA, Euclides de, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XX. São Paulo: Atlas, 2004, p. 208-209.

⁴⁷⁰ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira, cit., p. 963.

⁴⁷¹ OLIVEIRA, Euclides de, cit., 2004, p. 207-208.

⁴⁷² O autor cita, a defender que se trata de colação, a opinião de Itabaiana de Oliveira (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*, vol 3, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 904); e a sustentar que seria caso de redução, as opiniões de Clóvis Bevilacqua (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, vol. VI, 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953, p. 270) e Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 23) (OLIVEIRA, Euclides de, cit., 2004, p. 210).

Situação diversa é a da partilha-doação em face da superveniência de herdeiro necessário. Na opinião de Zeno Veloso, a partilha se torna ineficaz⁴⁷³, ao passo que Sílvio de Salvo Venosa reputa aplicáveis as regras de rompimento do testamento dos arts. 1.973 a 1.975⁴⁷⁴. Como sustentamos no referido trabalho anterior, parece melhor a solução proposta por Zeno Veloso, pois o rompimento do testamento, segundo o art. 1.973, se dá quando sobrevém descendente a quem não tinha nenhum, o que em regra não se verifica na partilha em vida. Na verdade, em relação ao herdeiro superveniente a partilha não pode ser considerada como tal, mas simples doação, aplicáveis, nesse caso, as regras sobre colação (art. 544), o que assegura a igualdade das legítimas, sem prejudicá-lo⁴⁷⁵.

14.3. Justa causa para clausular a legítima.

O art. 1.848 do Código Civil disciplina a clausulação da legítima⁴⁷⁶. Em retrospectiva, tornou-se possível ao testador clausular a legítima a partir da Lei Feliciano Penna (Decreto 1.839, de 31 de dezembro de 1907), impondo a conversão de bens dela em outros de espécie diversa, instituindo incomunicabilidade e inalienabilidade. O Código Civil de 1916 manteve esse direito em seu art. 1.723. O poder que se conferia ao testador era absoluto, visto que, segundo o entendimento que prevaleceu, não lhe era exigida motivação⁴⁷⁷. O legislador confiava plenamente no pai de família, na crença de que sempre

⁴⁷³ VELOSO, Zeno, cit., vol. 21, Saraiva, 2003, p. 437.

⁴⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., p. 379.

⁴⁷⁵ ANTONINI, Mauro, cit., p. 2352.

⁴⁷⁶ Conforme comentário de Cláudio Luiz Bueno de Godoy a essa norma, o direito de propriedade, sob o paradigma liberal, inspirador do Código de 1916, envolvia as prerrogativas de usar, gozar, dispor e reaver a coisa com caráter quase absoluto. Essa ideia de direitos absolutos se tornou ultrapassada sob o modelo do Estado Social, no movimento de funcionalização dos direitos, reconhecendo-se na propriedade uma relação jurídica complexa, envolvendo direitos e deveres em relação ao proprietário, e também o reconhecimento de direitos a “centros de interesse não proprietários”, resultado da concepção de propriedade como voltada não somente ao atendimento do interesse individual, mas a cumprir função social, como um limite interno a ela, princípio incorporado à Constituição Federal. Como anota o autor, antes mesmo dessa nova concepção do direito de propriedade se admitia que fosse objeto de algumas limitações de caráter externo, como as derivadas de interesse público (na desapropriação etc.) ou pelos direitos de vizinhança, em ambos os casos por imposição legal; e também eram permitidas limitações voluntárias, como no fideicomisso e outras, inclusive por meio das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 731-732).

⁴⁷⁷ Ademar Fioranelli salienta que, na vigência da Lei Feliciano Penna, José Ulpiano Pinto de Souza, em obra de 1910 (*Das Cláusulas Restritivas da Propriedade*. São Paulo: Escolas Salesianas, 1910), interpretava a expressão do art. 3º dessa lei, de que a intangibilidade da legítima não impede que o testador “estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia”, como a exigir do testador a declaração das razões e motivos para impor a cláusula restritiva e, se não o fizesse, a cláusula poderia ser impugnada pelo interessado. Ou seja, a exigência de justa causa não seria novidade do Código de 2002. Mas, ainda segundo Ademar Fioranelli, prevaleceu a interpretação de Clóvis Bevilacqua a respeito do art. 1.723, que também continha a expressão “estabelecer-lhes condições”, segundo a qual “condições” foi palavra empregada no

agiria a bem dos herdeiros necessários, com intuito de protegê-los. Em consequência, sua vontade não poderia ser contrastada por aqueles aos quais direcionadas essas cláusulas, nem era passível de controle judicial.

A subsistência dessas cláusulas era muito criticada por parcela ponderável da doutrina, sob o fundamento, principal, de que retiravam bens do comércio por vários anos, contrariando o interesse social na circulação de riquezas; e, também, porque representavam exacerbado individualismo, facultando ao testador, depois de morto, reger a vida dos sucessores por longo período, resquício de mentalidade patriarcal⁴⁷⁸. Orlando Gomes discordava frontalmente da possibilidade de gravar a legítima com inalienabilidade⁴⁷⁹ e, em seu projeto de Código Civil, vedava tal restrição à legítima, admitindo-a na parte disponível se justificada por motivos dignos de proteção jurídica⁴⁸⁰.

Ao invés de eliminar o direito de clausular a legítima, como propugnava parte da doutrina, o legislador optou, no Código de 2002, no art. 1.848, por solução intermediária. Excluiu expressamente a possibilidade de o testador determinar a conversão dos bens da legítima em de outras espécies (§ 1º do art. 1.848) e manteve o direito de gravar a legítima com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, mas somente se houver justa causa declarada no testamento. O poder absoluto do sistema anterior, portanto, se tornou relativo. A clausulação da legítima deve ser motivada e, mais do que isso, deve ser justa, enunciada em termos que permitam questionamento pelos interessados e controle judicial.

Como observa Cláudio Luiz Bueno de Godoy: “... mais do que simplesmente dizer que pretende proteger o herdeiro, já a razão de ser da previsão de clausulação, o instituidor deverá especificar, concretamente, o motivo pelo qual, naquele caso particular, impôs a

sentido de modos de ser, de situações jurídicas, e não como a exigir indicação de justa causa (FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 5-7).

⁴⁷⁸ Cf. RODRIGUES, Sílvio, cit., vol. 7, 2002, p. 191-192.

⁴⁷⁹ Segundo ponderava: “De resto, a proteção visada pelo ascendente cauteloso se transforma, não raro, num estorvo, antes prejudicando do que beneficiando, ou numa inutilidade. Permitida, por outro lado, a livre disposição testamentária dos bens inalienáveis, nada impede que seu titular o grave, em testamento, com o mesmo ônus, e assim sucessivamente, permanecendo eles retirados de circulação por várias gerações” (GOMES, Orlando, cit., 2004, p. 171). Sílvio Rodrigues relata que, na Comissão que elaborou o Projeto do Código Civil de 2002, Miguel Reale votou contra a manutenção da clausulação da legítima, argumentando que tais cláusulas constituem entrave à vida econômica e à mobilidade social, mas foi vencido (RODRIGUES, Sílvio, cit., vol. 7, 2002, p. 126).

⁴⁸⁰ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, 4. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 118. Como noticia Zeno Veloso, as mesmas objeções não eram feitas à cláusula de incomunicabilidade, preservada no projeto de Orlando Gomes (VELOSO, Zeno, cit., 2008, p. 2034).

restrição, por exemplo a inaptidão ou inexperiência do herdeiro no manejo de negócios comerciais, ou mesmo dadas as condições pessoais daquele com quem o reservatário se casou.”⁴⁸¹. Sílvio de Salvo Venosa também destaca que a exigência de causa justa não permite ao testador fazer imputação genérica ou superficial, limitando-se, por exemplo, a dizer que o herdeiro é perdulário, pois deverá apontar fatos concretos que permitam a confirmação do alegado⁴⁸². Efetivamente, se não se impusesse indicação de fatos que permitam mínima objetividade na aferição da justeza da causa, a exigência legal se tornaria inócua, retornando-se ao puro subjetivismo do testador.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy ainda observa que o art. 1.848 configura cláusula geral por empregar a expressão “justa causa”, com o sentido de justo motivo para clausular, disposição aberta, conceito jurídico indeterminado, de deliberada vagueza, impondo atividade integradora ao aplicador da lei. Trata-se de técnica empregada em vários dispositivos do Código de 2002, segundo Miguel Reale, pela preocupação com a operabilidade, permitindo-se que a evolução social venha a promover as necessárias alterações no conteúdo da norma, sem necessidade de sua alteração formal⁴⁸³.

Em termos práticos, manteve-se o direito de o testador clausular a legítima, mas lhe foi imposto considerável constrangimento para exercê-lo, pois, como anota Zeno Veloso, para impor inalienabilidade à legítima, o testador deverá dizer, por exemplo, que o filho é gastador, perdulário; que o herdeiro é viciado no jogo, em bebidas ou em tóxicos; que a incomunicabilidade é justa porque a nora é aproveitadora e quer dar o “golpe do baú”⁴⁸⁴. Como anotamos em trabalho anterior, feitas em testamento público, ao qual os sucessores e seus cônjuges têm acesso antes da abertura da sucessão, tais imputações podem acarretar desarmonia familiar, o que se pretende remediar pelo Projeto 699/2011 (reapresentação dos Projetos 6.960/2002 e 276/2007), estabelecendo-se publicidade restrita ao testamento público antes do óbito, limitada ao testador ou por ordem judicial⁴⁸⁵.

Reconhece-se estreita vinculação entre a cláusula restritiva e a justa causa, de modo que aquela perdura enquanto esta subsistir. É possível que, ocorrendo o óbito muitos anos depois do testamento, a causa não esteja mais presente e, nesse caso, não se justifica manter a cláusula. Suponha-se ter o testador imposto inalienabilidade a filho que se mostrava perdulário na adolescência, mas que, na abertura da sucessão, muitos anos

⁴⁸¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 737.

⁴⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., vol. 7, 2008, p. 168.

⁴⁸³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., 2008, p. 737-738.

⁴⁸⁴ VELOSO, Zeno, cit., 2008, p. 2034.

⁴⁸⁵ ANTONINI, Mauro, cit., p. 2226.

depois, se tornou próspero e responsável empresário, não havendo mais razão para manter a restrição. Cristiano Chaves de Farias pondera, nessa linha, que, caso tenha sido confirmada a justa causa por ocasião do óbito, o interessado poderá vir a juízo posteriormente reclamar o levantamento da cláusula sem sub-rogação do vínculo, caso o justo motivo deixe de existir. E se seu pedido for julgado improcedente, não estará impedido de promover nova ação no futuro, alterando-se as circunstâncias de fato⁴⁸⁶.

O questionamento da justa causa só poderá se dar após a abertura da sucessão, quando o testamento adquire eficácia. Pode ser dirimida no próprio inventário se sua solução não demandar alta indagação, como no exemplo de cláusula totalmente genérica, sem correspondência a fatos específicos, cuja invalidade seja evidente. Caso contrário, necessárias provas em audiência, a questão deve ser objeto de ação própria. Sílvio de Salvo Venosa entende ser legitimado ativo o herdeiro prejudicado, ouvidos necessariamente o testamenteiro na defesa da disposição testamentária e o Ministério Público por incidência da hipótese do art. 82, II, do CPC⁴⁸⁷. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka entende haver legitimidade ativa não só do herdeiro, mas de seu cônjuge, seus credores etc.⁴⁸⁸. Essa última posição nos parece melhor, porque mais coerente com a situação similar da redução das disposições testamentárias, na qual, permanecendo inerte o herdeiro necessário, sua conduta é equivalente a renúncia parcial da herança, o que autoriza atuação de seus credores pela aplicação do disposto no art. 1.813 do Código Civil, solicitando a recomposição da legítima até o limite necessário para satisfação do crédito. Na clausulação da legítima, limitado o direito sucessório do herdeiro por impenhorabilidade por exemplo, o credor pode alegar ser insubsistente a causa e que o herdeiro permanece inerte para prejudicar seu crédito. O mesmo se verifica em relação ao cônjuge casado por comunhão universal, com expectativa de comunicação dos bens recebidos pelo outro, por doação ou herança, devendo-lhe ser concedida a faculdade de questionar a causa alegada para privá-lo desse direito⁴⁸⁹.

Cristiano Chaves de Farias sustenta ser possível ao juiz reconhecer de ofício a falta de justa causa⁴⁹⁰. Se se tratar de cláusula imotivada, parece ser realmente a solução

⁴⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições Testamentárias e Clausulação da Legítima, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 246-247.

⁴⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., vol. 7, 2008, p. 168.

⁴⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cit., 2003, p. 264.

⁴⁸⁹ Foi o que sustentamos anteriormente: ANTONINI, Mauro, cit., p. 2227.

⁴⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de, cit., p. 246.

adequada, pois o art. 1.848 proíbe ao testador a clausulação, salvo se houver justa causa. Tratando-se de proibição sem expressa cominação de sanção, atrai a hipótese de nulidade da parte final do inc. VII do art. 166 do Código Civil. E a nulidade pode ser reconhecida de ofício (§ único do art. 168 do mesmo Código). Solução diversa, no entanto, deve ser aplicada no caso em que há declaração de causa e o juiz a reputa injusta, pois a iniciativa para o questionamento do mérito da imputação deve ficar restrita a alguns dos legitimados ativos acima referidos, não comportando reconhecimento de ofício.

Em relação à incomunicabilidade, Zeno Veloso observa que não se justifica a solução legal de impor declaração de justa causa, pois a falta de comunicação dos bens recebidos por doação e herança é a regra nos regimes de bens de casamento, com exceção da comunhão universal, de modo que, se o testador ou doador impõe a incomunicabilidade, nada mais faz do que seguir o modelo geral do Código. Em consequência, esse jurista sugeriu alteração do art. 1.848, para dispensar justa causa na incomunicabilidade, proposição objeto do mencionado Projeto de Lei 699/2011⁴⁹¹.

Por doação também é possível impor inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, não havendo expressa exigência legal de declaração de justa causa. Não obstante, quando a doação representar adiantamento de legítima, nos termos do art. 544 do Código Civil, isto é, doações de ascendente a descendentes e de um cônjuge a outro, deve ser exigida declaração de justa causa, pois, do contrário, por doação seria possível burlar o limite imposto na clausulação por testamento⁴⁹².

É importante observar que a exigência de justa causa, nos expressos termos do art. 1.848, só se aplica à legítima, ou seja, o testador ou doador pode clausular livremente a parte disponível, sem necessidade de motivação.

Relembre-se, quanto ao tema, o teor da regra transitória do art. 2.042 do Código Civil, estabelecendo que a exigência de justa causa só se aplicaria a sucessões abertas a partir de um ano de vigência do Código de 2002 e que, nesse prazo de um ano, os testamentos realizados anteriormente, na vigência do Código de 1916, deveriam ser

⁴⁹¹ VELOSO, Zeno, cit., 2008, p. 2036.

⁴⁹² Cláudio Luiz Bueno de Godoy observa ser necessário estender a exigência de justa causa às doações para preservação da unidade do sistema (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 739). Nesse sentido, da necessidade de justa causa também na doação em adiantamento de legítima, a opinião de Ademar Fioranelli, citando decisões jurisprudenciais nesse sentido, inclusive julgado do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, em procedimento de dúvida, em que invalidou cláusula restritiva em doação por não estar acompanhada de indicação de justa causa, autorizando o registro da doação sem a cláusula (Ap. 440-6/0, j. 6.12.2005). O autor ponderou que talvez tivesse sido mais adequado considerar a cláusula ineficaz até que, eventualmente, o interessado aditasse a escritura de doação, para incluir a justa causa (FIORANELLI, Ademar, cit., p. 12-13).

aditados para acrescentar a declaração da justa causa, sob pena de não subsistir a restrição. Sílvio de Salvo Venosa observa que, para aditar testamento anterior, deveria ser observada forma testamentária e que essa regra de transição é de discutível validade, por conferir efeito retroativo à norma⁴⁹³. Doutrinadores em número expressivo, no entanto, reputam não haver inconstitucionalidade, ou seja, que não se trata de violação à garantia de imunidade do ato jurídico perfeito à retroatividade de lei posterior (Constituição, art. 5º, XXXVI), pois o testamento, antes da abertura da sucessão, seria “ato jurídico imperfeito”, só se completando quando da morte do testador⁴⁹⁴; argumentando-se, nessa linha, que antes da abertura da sucessão há mera expectativa de direito⁴⁹⁵; e, ainda, que se aplica a lei vigente ao tempo do testamento em relação a seus requisitos formais, mas não quanto ao conteúdo das disposições testamentárias, em matéria de fundo e não de forma, como se dá na exigência de justa causa⁴⁹⁶.

Ainda em termos de análise sob a ótica constitucional, registre-se o entendimento doutrinário de que essas cláusulas restritivas seriam inconstitucionais, pois representariam limitações impostas pela vontade individual aos direitos fundamentais de propriedade e de herança (Constituição, art. 5º, XXII e XXX), e que, ao contrário disso, só poderiam ser limitados com respaldo na própria Constituição⁴⁹⁷. Não parece, no entanto, haver inconstitucionalidade, pois esses direitos fundamentais não têm caráter absoluto, podendo sofrer limitações pela incidência de legislação infraconstitucional, como é o caso do limite imposto pela própria legítima ao direito de propriedade. Além disso, a exigência de justa causa assegura que a aplicação da restrição terá fundamento valorativo adequado, de proteção do herdeiro necessário, por solidariedade familiar, compatível, portanto, com a Constituição.

Quanto ao conteúdo das cláusulas, na síntese de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a inalienabilidade priva o herdeiro necessário de todo tipo de alienação (venda, permuta, doação etc.), inclusive cessão de direito hereditário por meio da chamada renúncia translativa, bem como instituir direito real que possa levar à alienação. Mas permite

⁴⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo, cit., vol. 7, 2008, p. 169.

⁴⁹⁴ Cf. NALINI, José Renato, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXII, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 122.

⁴⁹⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*, vol. 22. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 494.

⁴⁹⁶ ROSENVALD, Néilson, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed.. Barueri: Manole, 2012, p. 2382.

⁴⁹⁷ Nesse sentido: NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2006, p. 526-527; e FARIAS, Cristiano Chaves de, cit., p. 247-248.

disposição por testamento, pois a restrição perdura no máximo até a morte do herdeiro. Não impede a instituição de direito real de gozo, pois não acarreta alienação. Também não impede alienação compulsória por desapropriação, sub-rogando-se o vínculo na indenização respectiva, e nem tampouco constrição do bem quando se tratar de dívida *propter rem*⁴⁹⁸. O mesmo autor noticia entendimento doutrinário de Clóvis Bevilacqua e Orlando Gomes de que os bens inalienáveis não poderiam ser usucapidos, para evitar fraude entre o herdeiro e possuidor a burlar a restrição, mas é orientação superada pela jurisprudência, admitindo-se a usucapião como forma originária de aquisição da propriedade, afastando a cláusula⁴⁹⁹. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka salienta, ainda, que a inalienabilidade pode ser vitalícia, a perdurar até a morte do herdeiro, ou temporária, submetida a outro termo final ou a condição. Pode ser parcial, referente a alguns bens da herança, não a todos. Pode ser, ainda, relativa ou absoluta, no primeiro caso proibida alienação a determinadas pessoas ou limitada a determinados tipos de alienação (proíbe-se, por exemplo, doação, admitindo-se a venda); no segundo, veda-se todo tipo de alienação, a qualquer pessoa⁵⁰⁰. Por último, o Código de 2002 não reproduziu a parte final do art. 1.723 do Código de 1916, que limitava a inalienabilidade a uma geração, mas se entende que, apesar da omissão, o novo Código, sendo mais refratário à clausulação, não teve por fim permitir que se tornasse perpétua, concluindo-se que continua vitalícia, limitada a uma geração⁵⁰¹.

A incomunicabilidade priva o cônjuge do herdeiro de obter a comunicação do bem, recebido por herança ou doação, que seria inerente ao regime de bens do casamento, o que se verifica na comunhão universal ou em regime misto, pactuado pelos nubentes, com previsão dessa comunicação. Na vigência do Código anterior, diante de polêmica doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal assentou na Súmula 49 que: “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”, orientação positivada no atual Código, no art. 1.911, dispondo expressamente que a inalienabilidade implica

⁴⁹⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 734 e 740. No sentido do exposto, a jurisprudência, por exemplo, permite a penhora do imóvel gravado com inalienabilidade para satisfação de crédito de despesas de condomínio (cf., por exemplo, do Tribunal de Justiça de São Paulo: Ap. 0033891-26.2011.8.26.0002, rel. Des. Sebastião Flávio, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 27/06/2012; e AI 0132555-98.2011.8.26.0000, rel. Des. Rodrigues da Silva, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 13/12/2011).

⁴⁹⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 734-735.

⁵⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cit., 2003, p.259-261.

⁵⁰¹ Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 739-740.

impenhorabilidade e incomunicabilidade. Em contrapartida, a incomunicabilidade não impede a alienação⁵⁰².

Como salientamos em trabalho anterior, a impenhorabilidade se refere aos credores do herdeiro e não aos do *de cujus*. Estes são pagos antes da partilha e só haverá partilha, com atribuição do bem gravado ao herdeiro-devedor, se o ativo superar o passivo⁵⁰³. Sílvia Rodrigues noticia a controvérsia a respeito da extensão da impenhorabilidade do bem a seus frutos e rendimentos, havendo corrente pela resposta positiva, sob os argumentos de que o acessório segue o principal e que a penhora dos frutos acabaria por comprometer o próprio bem, frustrando-se o intuito da cláusula, de proteger o herdeiro. Outra corrente, em sentido negativo, invoca o art. 650 do Código de Processo Civil, pelo qual se admite a penhora dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia (redação conferida pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006). Sílvia Rodrigues pondera que, se o testador quiser incluir os frutos na impenhorabilidade, evitando polêmica, deve assim dispor expressamente⁵⁰⁴. Respeitada essa opinião, nos parece que o art. 650 é norma de ordem pública, a se sobrepor à vontade do testador, de modo que são penhoráveis os frutos dos bens inalienáveis ou impenhoráveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia. Assim, se o herdeiro comprovar a necessidade desses frutos com caráter alimentar (ou seja, por exemplo, que sobrevive com os aluguéis produzidos pelo imóvel gravado, não tendo como prover sua subsistência por outros meios) poderá ser reconhecida a impenhorabilidade. Do contrário, eventual disposição do testador estendendo a impenhorabilidade aos frutos não seria aplicável, por contrariar norma cogente.

Por fim, o § 2º do art. 1.848 permite a sub-rogação do vínculo, alienando-se os bens gravados, mediante autorização judicial, em procedimento de jurisdição voluntária, desde que haja justa causa — aqui compreendida como mera conveniência —, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus do primeiro. Admissível, ainda, a extinção do vínculo sem sub-rogação, quando demonstrada imperiosa necessidade de alienação para alguma finalidade, como no exemplo de venda do imóvel para custeio de

⁵⁰² Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto, cit., vol. VII, 2007, p. 192.

⁵⁰³ ANTONINI, Mauro, cit., p. 2228.

⁵⁰⁴ RODRIGUES, Sílvia, cit., vol. 7, 2002, p. 128-129.

caro tratamento médico no exterior, necessário para salvar a vida do herdeiro, não tendo ele outros recursos⁵⁰⁵.

14.4. Meios de proteção da legítima.

14.4.1. Intangibilidade qualitativa e quantitativa da legítima.

A legítima é intangível, segundo Carlos Maximiliano, no sentido de que não pode ser reduzida, na essência ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária⁵⁰⁶. Distinguem-se, assim, a intangibilidade qualitativa e a quantitativa da legítima⁵⁰⁷.

A intangibilidade qualitativa resulta da previsão do art. 1.846 do Código Civil, de que a legítima pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, vedada, em consequência, diminuição em sua essência. Proíbem-se, assim, segundo rol também apresentado por Carlos Maximiliano, a instituição por testamento, sobre a legítima, de legados, fideicomisso, usufruto, uso, habitação, servidão, perdão de dívida, ereção de fundação etc., não podendo ser submetida a condição ou encargo, considerando-se tais disposições testamentárias como inexistentes⁵⁰⁸.

Ainda em relação à essência da legítima, a lei admite exceção, ao deferir ao testador ou doador a possibilidade de clausulá-la com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, como visto no exame do art. 1.848⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., 2008, p. 742-743; e FARIAS, Cristiano Chaves de, cit., p. 248-249. Na jurisprudência, é expressivo o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “1 – Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. 2 – A vedação contida no art. 1.676 do CC/1916 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador. 3 – Recurso especial a que se nega provimento” (REsp n. 1.158.679, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2011).

⁵⁰⁶ MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 24.

⁵⁰⁷ Cf., por exemplo: Díez-Picazo, Luis; Gullón, Antonio, cit., p. 438-443.

⁵⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., vol. III, 1964, p. 24.

⁵⁰⁹ Em Portugal, por exemplo, não há previsão similar à do art. 1.848 do nosso Código Civil, de possibilidade de clausulação da legítima, proibindo o art. 2.163º do Código português imposição de encargos sobre a legítima, regra excepcionada pelo art. 2.164º, ao permitir ao testador deixar a qualquer pessoa legado de usufruto ou pensão vitalícia que atinja a legítima. Nesse caso, o art. 2.164º concede aos legitimários a chamada cautela sociniana, facultando-lhes a opção de, ao invés de cumprir o legado, substituí-lo pela entrega ao legatário da porção disponível, livrando a legítima do encargo. Aos legitimários é que cabe a avaliação de que lhes é mais vantajoso, pagar o legado ou ceder a porção disponível (FERNANDES, Luís A. Carvalho, cit., p. 406). O art. 3.603 do Código Civil argentino, inspirado no art. 917 do Código Civil francês, contém disposição similar (cf. BORDA, Guillermo A., cit., p. 287), assim como o art. 550 do Código Civil italiano (BIANCA, Massimo, cit., p. 691-692).

A intangibilidade quantitativa é resguardada pela redução das disposições testamentárias excedentes à porção disponível e pela redução das doações inoficiosas. Há, ainda, a colação, meio de assegurar não propriamente a intangibilidade da legítima, mas a igualdade entre as cotas de herdeiros concorrentes, descendentes e cônjuge. Esses três temas, redução das disposições testamentárias, das doações inoficiosas e colação, serão examinados nos itens a seguir.

14.4.2. Redução das disposições testamentárias.

Como examinado no Capítulo 6, a disposição testamentária, na parte inoficiosa, padece, em nossa opinião, de nulidade relativa ou dependente de alegação, com arguição sujeita ao prazo decadencial de cinco anos do art. 1.859 do Código Civil, contado do registro do testamento⁵¹⁰, embora haja substancial corrente doutrinária no sentido de que não seria caso de nulidade, mas de mera redução⁵¹¹.

Qualquer que seja a posição adotada, há consenso quanto ao fato de que a redução se faz somente a pedido daqueles a quem se reconhece legítimo interesse. Não pode ser solicitada pelo Ministério Público nem determinada de ofício.

O rol de legitimados ativos é composto, em primeiro lugar, pelos herdeiros necessários prejudicados. Se somente um dentre vários herdeiros necessários requerer a redução, será limitada à recomposição da cota dele na legítima, permanecendo a disposição excessiva quanto à parte dos coerdeiros necessários que permaneceram inertes⁵¹². Caso o herdeiro necessário faleça antes de postular a redução, o direito de reclamá-la passa a seus próprios sucessores, ainda que sucedam por direito de representação. Também tem legitimidade o cessionário dos direitos hereditários do herdeiro necessário. E, por fim, os credores do herdeiro necessário, pois a omissão em pedir a redução é conduta similar à de renúncia parcial da herança, admitindo-se, por analogia, a incidência da regra do art. 1.813, que permite a atuação dos credores para recompor o quinhão do devedor até o limite para satisfação de seus créditos⁵¹³.

⁵¹⁰ Sobre algumas situações especiais quanto ao prazo para a redução, confira-se o item 6.4.1.

⁵¹¹ Cf. o item 6.3.

⁵¹² Cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 39.

⁵¹³ Nesse sentido, indicando esse rol de legitimados ativos, confirmam-se: MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 38; e NONATO, Orosimbo, vol. II, cit., p. 373.

Se não envolver matéria de alta indagação, a redução pode ser resolvida no próprio inventário, dispensando-se ação própria⁵¹⁴. Se a prova necessária for avaliação do acervo, para verificar se efetivamente houve invasão da disponível, pode ser produzida no próprio inventário, na fase dos arts. 1.003 a 1.010 do Código de Processo Civil, desnecessária ação própria.

A redução segue o regramento dos arts. 1.967 e 1.968 do Código Civil. Reduzem-se primeiro os quinhões de herdeiros testamentários e somente se não forem suficientes os legados instituídos por testamento (§ 1º do art. 1.967). A redução é feita em proporção aos quinhões dos herdeiros testamentários, de forma igualitária, não importando se o testador declinou, em relação a um deles, a causa ou finalidade da deixa testamentária⁵¹⁵. Caso os quinhões dos herdeiros sejam totalmente absorvidos, admite-se a redução dos legados, também em proporção, não importando o tipo de legado, não se fazendo diferença, assim, se de alimentos, de renda vitalícia etc.⁵¹⁶.

Essa regra, no entanto, que determina a redução sobre o quinhão dos herdeiros testamentários preferencialmente, preservando-se os legados, é de natureza supletiva. O testador, prevenindo a situação, pode dispor diversamente, determinando, por exemplo, que seja preferencialmente preservado o quinhão de determinado herdeiro testamentário, ou algum legado. Se for preciso, porém, mesmo os quinhões e legados que o testador quis preservar com preferência, se os outros não forem suficientes, serão reduzidos para recompor a legítima.

O art. 1.968 trata da redução de legado consistente em prédio. Se for divisível, a redução se faz mediante divisão proporcional, utilizando-se parte para recompor a legítima, preservando-se o legado no remanescente. Se indivisível, e a redução necessária for superior a um quarto do valor do imóvel, ele passa a compor a legítima por inteiro, cabendo aos herdeiros necessários pagar ao legatário o valor do percentual remanescente do imóvel. Se a redução necessária não for superior a um quarto, subsiste o legado do imóvel, cabendo ao legatário pagar aos herdeiros necessários o que for preciso para recomposição da legítima. Se o legatário do imóvel indivisível for também herdeiro

⁵¹⁴ Cf. NONATO, Orosimbo, cit., vol. II, 1957, p. 373.

⁵¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., vol. III, 1964, p. 42.

⁵¹⁶ Ibid., p. 43

necessário, terá direito de preferência, inteirando sua legítima no imóvel, sempre que a legítima e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor (§ 2º do art. 1.968)⁵¹⁷.

14.4.3. Redução das doações inoficiosas.

Ao contrário de outras legislações, que se limitam a estatuir que as doações inoficiosas são redutíveis, sem cominação de invalidade⁵¹⁸, o nosso Código Civil, no art. 549, optou por regime peculiar, dispondo ser nula a doação na parte excessiva. Trata-se, como examinado no Capítulo 6, em nossa opinião, de nulidade relativa ou dependente de alegação.

O doador, portanto, não pode dispor de mais da metade de seu patrimônio caso existam, ao tempo da doação, potenciais herdeiros necessários. Em contrapartida, se ao tempo da doação não havia nenhum herdeiro necessário, não é inoficiosa a doação de mais da metade do patrimônio, ausente o pressuposto de nulidade do art. 549.

A legitimidade ativa para pedir a redução é dos potenciais herdeiros necessários existentes ao tempo da doação e se estende a outros supervenientes a ela. Suponha-se doador com um filho, sobrevivendo outro após a doação. Salvo se prescrita a pretensão, o filho mais novo pode reclamar a redução, porque, ao tempo da liberalidade, estava presente o impedimento à doação de mais da metade do patrimônio⁵¹⁹. Parece adequada a mesma solução se, ao tempo da doação, o doador tinha ascendentes e sobrevém descendentes,

⁵¹⁷ Exemplo dessa última situação, que apresentamos em trabalho anterior, é o da herança líquida de 300 mil, deixando o *de cujus* imóvel indivisível a um de seus três filhos, restando 100 mil para ser partilhado. O legado invadiu a legítima em 50 mil. Se os dois filhos prejudicados reclamarem a redução da disposição na parte inoficiosa, o legado será reduzido em 50 mil. Aos 150 mil remanescentes do legado, no entanto, é somado o quinhão do legatário na herança, correspondente a mais 50 mil, totalizando os 200 mil, valor do imóvel, cabendo-lhe, então, direito de preferência, inteirando sua legítima no imóvel (cf. ANTONINI, Mauro, cit., p. 2304).

⁵¹⁸ Cf., por exemplo, os arts. 1.830 e 3.601 do Código Civil argentino; art. 2.169º do Código Civil português; arts. 554 e 555 do Código Civil italiano.

⁵¹⁹ Essa solução, de conferir legitimidade ao descendente superveniente à doação por quem já tinha um ou mais, é expressamente prevista no Código Civil argentino. Confira-se: “Art. 1.832. La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1 - Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación; ...”. Octavio Lo Prete considera justa a solução legal por três motivos: o primeiro é o que apontamos acima, ou seja, o autor da herança já estava com o poder de doar limitado pela existência de pelo menos um descendente ao tempo da doação; o segundo, porque, do contrário, existiriam descendentes com direito de pedir a redução e outros não, atentando-se contra a igualdade entre os filhos; e, terceiro, porque não se altera o risco do donatário, que já estava sujeito à redução independentemente do nascimento do novo filho (LO PRETE, Octavio, cit., p. 108-109).

reconhecendo-se a estes legitimidade ativa, pois, do mesmo modo, ao tempo do negócio, havia vedação à inoficiosidade.

E se o autor da herança, que tem filho ao tempo da doação, vem a se casar posteriormente? O cônjuge superveniente teria legitimidade ativa para a ação de redução? A resposta da doutrina argentina é negativa. Octavio Lo Prete pondera que o ato matrimonial é constitutivo do estado de casado, de modo que o cônjuge não era herdeiro necessário ao tempo da doação e por isso não pode reclamar redução⁵²⁰. Essa solução parece aplicável ao ordenamento brasileiro, pois o cônjuge tem expectativa sucessória em relação aos bens particulares do outro, mas somente aos existentes ao tempo do casamento, não àqueles de que havia se desfeito anteriormente, por doação, ainda que além da metade disponível.

Reconhece-se legitimidade ativa para pedir redução, também, ao cessionário do direito hereditário do herdeiro necessário legitimado e, ainda, aos sucessores deste, inclusive por direito de representação. Podem reclamar redução, finalmente, os credores do herdeiro necessário prejudicado, para recomposição do patrimônio deste na medida necessária para garantia de seus créditos, aplicando-se o art. 1.813 do Código Civil.

A legitimidade passiva é do donatário e, se vivo estiver, do doador, em litisconsórcio passivo necessário. Como será examinado adiante, não se desfazem alienações onerosas feitas pelo donatário a terceiro de boa-fé, razão pela qual, a contrário senso, podem ser legitimados passivos, ainda, terceiros adquirentes de má-fé, ou terceiros que receberam o bem por meio de nova doação.

Por se tratar de hipótese de invalidade, prevaleceu na jurisprudência, como visto no item 6.4.2, o entendimento de que a ação de redução pode ser ajuizada desde a doação, não sendo preciso aguardar a abertura da sucessão. Isso é possível, também, pela particularidade de nosso sistema, de legítima invariável, sempre de metade, não importando o número e a qualificação dos herdeiros necessários, o que permite apurar de antemão a extensão do excesso. A solução de permitir a ação de redução desde logo, antes da abertura da sucessão, tem a vantagem de evitar a permanência de incerteza sobre a subsistência de parte da doação por muitos anos (suponha-se abertura da sucessão verificada trinta anos depois da doação). A corrente jurisprudencial que acabou prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça considera que essa vantagem suplanta a perplexidade de se conferir legitimidade ativa a potenciais herdeiros necessários, titulares

⁵²⁰ Ibid., p. 108-109. No mesmo sentido: ORLANDI, Olga, cit., p. 201.

de expectativa de direito, não se sabendo se efetivamente haverá herdeiros dessa espécie quando da abertura da sucessão (tome-se exemplo de doador solteiro, sem descendentes, com ascendentes vivos, invalidando-se metade da doação a pedido dos pais, mas estes vêm a morrer antes do filho e, aberta a sucessão, não há herdeiro necessário).

Sendo hipótese de nulidade relativa ou dependente de alegação, a ação de redução é divisível, isto é, se somente um dentre vários herdeiros prejudicados pedir a redução, será limitada ao necessário para recompor sua parte na legítima, permanecendo a inoficiosidade quanto à parte dos coerdeiros que ficaram inertes.

Essa divisibilidade, segundo nos parece, deve ser observada inclusive na redução postulada antes da abertura da sucessão. Se o autor da herança tem dois filhos e um deles, antes da abertura da sucessão, ajuizar a ação, a redução deverá ser limitada à parte dele na legítima. Suponha-se ter sido doado o único bem do autor da herança, um imóvel⁵²¹. A metade indisponível é de 50% e a parte de cada filho de 25%. A redução postulada por um dos filhos observará esse percentual menor, preservando-se a doação em 75%.

Também foi examinado no item 6.4.2 que, apesar de manifestação jurisprudencial aparentemente isolada, no sentido de que a ação seria imprescritível pela incidência do art. 169 do Código Civil, prevalece o entendimento de que a redução das doações inoficiosas se submete ao prazo prescricional máximo de dez anos do art. 205 do mesmo Código.

O modo como opera a redução das doações inoficiosas é disciplinado no art. 2.007 do Código Civil. É norma inserida em meio ao Capítulo “Da colação”. Embora haja alguma afinidade entre colação e redução das doações, pois ambas tratam de questões de interdependência entre doações e sucessão hereditária, distinguem-se em todos os demais aspectos. Por esse motivo, parece que seria mais adequado tratar desses temas em capítulos separados, como ocorre no Código Civil português (a “redução de liberalidades” no Capítulo II do Título III do Livro V; a colação na Secção III do Capítulo X do Título I do mesmo Livro), ou pelo menos em seções distintas do mesmo capítulo, tornando mais evidente que são temas diversos.

Não obstante, houve avanço do Código de 2002 em relação ao de 1916, pois a disciplina do art. 2.007 é mais minuciosa do que a anterior.

⁵²¹ Recorde-se que, nessa hipótese, pode vir a incidir causa distinta de nulidade, do art. 548 do Código Civil, segundo o qual: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para subsistência do doador”.

Para apuração do excesso, considera-se o valor do bem ao tempo da doação, como prevê o § 1º do art. 2.007, confrontando-o com o restante do patrimônio à época, verificando-se se a doação suplantou a metade deste⁵²².

Nos termos do § 2º dessa norma, a redução se faz em substância, invalidando-se a doação na parte excessiva. Zeno Veloso critica essa solução por ser diferente do que se verifica na colação, em que a redução é feita, em regra, em valor, não em substância, sem desfazimento da doação⁵²³. Mas não parece haver essa contradição, porque a doação inoficiosa é nula e, por isso, se justifica a redução em substância, ao passo que é válida a doação em adiantamento de herança, que impõe a colação, nos termos do art. 544, e, portanto, em regra deve ser preservada.

Se o bem não mais existir em poder do donatário, esse § 2º determina que se faça a restituição em dinheiro. Trata-se de disposição legal bastante relevante, pois significa que, não estando mais o bem em poder do donatário, por qualquer razão que seja, isto é, por perecimento da coisa, alienação etc., a redução não é feita em substância e sim mediante recomposição em dinheiro pelo donatário. Não há, portanto, desfazimento de alienações efetuadas pelo donatário. O terceiro adquirente não é atingido pela redução. Mas parece ser preciso fazer uma distinção. Se o donatário não tiver recursos para a restituição em dinheiro, o herdeiro necessário prejudicado poderá se voltar contra o terceiro adquirente se este estava de má-fé ou se também recebeu o bem por doação, hipótese na qual, desfeita a segunda doação, o terceiro não sofre efetivo prejuízo. Em suma, não se desfazem alienações onerosas a terceiros de boa-fé, prestigiando-se a segurança dos negócios jurídicos, mas deve ser admitido o desfazimento se for terceiro de má-fé ou se a alienação é gratuita⁵²⁴.

⁵²² Julgado do Superior Tribunal de Justiça explicitou que o tempo da doação é o da celebração do negócio jurídico e não, caso se trate de imóvel, do subsequente registro imobiliário (REsp 111426/ES, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 19/11/1998).

⁵²³ VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 425.

⁵²⁴ Sem disposição similar à desse § 2º no Código Civil de 1916, Carlos Maximiliano, por exemplo, afirmava que, depois de provada pelo herdeiro necessário a incapacidade financeira do donatário para recompor o prejuízo, seria possível o desfazimento das alienações subsequentes do bem, sem restrições (MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 52). A partir da expressa previsão desse § 2º, tal solução só é cabível em face de alienações gratuitas ou a terceiros de má-fé. Analisando a questão sob a ótica da legislação argentina, Olga Orlandi pondera que o terceiro cessionário do bem doado não poderia invocar boa-fé, porque, no caso de imóveis, a boa-fé pressupõe o exame idôneo dos antecedentes do direito transmitido e, verificando-se que um adquirente anterior recebeu o bem por doação, isso bastará para que o subadquirente saiba do risco, pois toda doação está submetida à condição de não ser inoficiosa, podendo vir a ser revogada (ORLANDI, Olga, cit., p.198). Esses argumentos não são aplicáveis ao direito brasileiro, em nosso entender, pois, diante da regra do § 2º do art. 2.007, preservam-se em regra as alienações efetuadas pelo donatário, de modo que não se pode afastar a possibilidade da boa-fé do adquirente. Além disso, a constatação da inoficiosidade não se dá pelo simples exame do registro imobiliário, no caso de compra de imóvel por

Se o bem pereceu em poder do donatário, ainda assim este está sujeito à recomposição em dinheiro. Ao tratar de situação similar no caso de colação, Zeno Veloso observa que havia divergência doutrinária: Carlos Maximiliano sustentava que, se o bem pereceu em poder do donatário antes da abertura da sucessão, ainda assim deveria trazer o respectivo valor à colação, pois a transmissão do domínio havia se operado com a doação, aplicando-se a regra de que a coisa perece para o dono; Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes ponderavam que o perecimento sem culpa do donatário teria ocorrido a despeito da doação e, por isso, seria dispensada a colação. Dentre as duas posições, Zeno Veloso sustenta, a nosso ver com razão, ser a primeira a que está em conformidade com a lei, pois, segundo ele esclarece, o art. 2003 do Código Civil não faz distinção entre perecimento por culpa ou sem culpa. Além disso, nos Códigos Civis francês, italiano e português, há expressa dispensa de colação em caso de perda do bem por caso fortuito. A omissão de nosso Código, pondera o referido jurista, deve ser tida como intencional, optando-se pela solução oposta, de impor colação em todas as situações⁵²⁵. Essa solução para a colação deve ser aplicada, por identidade de razões, às doações inoficiosas, pois o § 2º do art. 2.007 não faz distinção quanto à causa de o bem não estar mais em poder do donatário.

Euclides de Oliveira aponta equívoco do legislador, nesse § 2º, ao determinar que, não mais existindo o bem em poder do donatário, a restituição em dinheiro se faz pelo valor do bem ao tempo da abertura da sucessão, sob o fundamento de que se trata de disposição sem sentido, visto que a inoficiosidade é apurada pelo valor do bem ao tempo da doação⁵²⁶. Essa disposição legal também não é coerente com o entendimento jurisprudencial pacificado, como visto, de que a redução pode ser postulada antes da abertura da sucessão, hipótese na qual o critério legal se torna inaplicável. Sobre o valor a restituir incide correção monetária desde a data da liberalidade. Não se consideram valorizações ou desvalorizações posteriores à doação, aplicando-se, por similaridade, a mesma solução legal, quanto a esse aspecto, da disciplina da colação (§ 2º do art. 2.004).

exemplo, pois demanda análise global do patrimônio do doador, análise que pode demandar inclusive necessidade de avaliação de todos os seus bens à época da liberalidade, de modo que parece excessivo considerar que cabe ao adquirente efetuar essa verificação para só então comprar o bem do donatário. A solução da lei brasileira parece ser melhor na tutela da confiança, da preservação da segurança dos negócios jurídicos.

⁵²⁵ VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 421-422.

⁵²⁶ OLIVEIRA, Euclides de, cit., 2004, p. 151.

Dispõe o § 3º do art. 2007 que, se o donatário for herdeiro necessário, a inoficiosidade corresponde ao que exceder a soma da metade disponível com a cota desse herdeiro na legítima. Conforme exemplo apresentado por Zeno Veloso, se o pai com patrimônio de 300 tem três filhos, a legítima de cada filho é de 50 e o pai pode dispor por doação de 150. Se ele doar 200 a um dos filhos, não haverá inoficiosidade, pois o donatário terá recebido a porção disponível mais o que lhe cabia na legítima⁵²⁷. Mas é importante atentar para o fato de que, embora não haja inoficiosidade nesse exemplo, o filho só reterá a doação integralmente se o doador o tiver dispensado da colação, como faculta o art. 2.005 do Código Civil. Do contrário, o bem doado deverá ser colacionado por inteiro, do que resulta que cada filho teria direito a legítima de 100 e a doação deveria ser desfeita em 100 para igualar os quinhões na legítima.

Sendo várias as doações, o § 4º do art. 2.007 encampou solução que era sugerida por parcela da doutrina à falta de norma expressa na vigência do Código de 1916⁵²⁸, ou seja, reduzem-se as doações em ordem cronológica, partindo da última. Segundo exemplo apresentado na referida obra anterior: a) se sujeito com patrimônio de R\$ 50 mil faz três doações de R\$ 10 mil em datas distintas, o excesso de R\$ 5 mil é reduzido da doação mais recente; b) em caso de variação patrimonial, se efetuadas as duas primeiras doações, seu patrimônio que havia sido diminuído a R\$ 30 mil vem a se elevar a R\$ 40 mil, promovendo então a terceira de doação de R\$ 10 mil, não há inoficiosidade, porque o remanescente de R\$ 30 mil é superior à metade do patrimônio original de R\$ 50 mil⁵²⁹. Se forem várias doações realizadas no mesmo dia, a redução é realizada proporcionalmente em cada uma delas.

Sobre esse tema de várias doações em datas distintas, Carlos Maximiliano sustentava que, não estando o donatário mais recente em poder do bem e se encontrando insolvente, não havendo como recuperar o bem em mãos de terceiro, seria admissível postular a redução na doação antecedente e assim sucessivamente⁵³⁰, solução que parece razoável, porque o donatário perderá acréscimo patrimonial para o qual nada desembolsou, ao passo que o herdeiro necessário prejudicado procura recompor a proteção que a lei lhe confere imperativamente.

⁵²⁷ VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 426

⁵²⁸ Cf., por exemplo: NONATO, Orosimbo, cit., vol. II, 1957, p. 384-385.

⁵²⁹ ANTONINI, Mauro, cit., p. 2340.

⁵³⁰ MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 52.

Em complementação à disciplina da redução das doações, o art. 1.015 do Código de Processo Civil dispõe que o herdeiro renunciante ou excluído da sucessão não está dispensado de repor ao monte o excesso recebido por doação. O § 1º dessa norma faculta ao donatário escolher qual o bem, dentre vários que lhe tenham sido doados, será objeto da redução. O § 2º desse artigo ainda prevê que, recaindo a inoficiosidade sobre imóvel que não comporte divisão cômoda, faz-se licitação entre os coerdeiros, com preferência do donatário à aquisição.

14.4.4. Colação.

A colação é meio não de recomposição da legítima global, mas de assegurar, entre determinados sucessores concorrentes, a igualdade de suas cotas na legítima. Considera o legislador que o pai, ao doar bem a um dentre vários filhos, não o faz porque o prefere em relação aos outros, mas por alguma necessidade e, por isso, atribui a essa doação a natureza de adiantamento de herança. A mesma presunção se dá na doação de um cônjuge a outro. É o que dispõe o art. 544 do Código Civil. Em consequência, o donatário deverá colacionar, conferir o bem doado, por inteiro, na sucessão do doador, para assegurar a igualdade dos quinhões dos sucessores concorrentes. O descumprimento desse dever é sancionado com a pena de sonegados, de perda do direito ao valor dos bens não colacionados.

Estão sujeitos à colação os descendentes que, ao tempo da doação, seriam herdeiros do autor da herança. Não se inclui, portanto, como estatui o § único do art. 2.005 do Código Civil, quem não estava nessa situação, ainda que depois venha a ser chamado como sucessor. É a situação de doação a neto do autor da herança, que tem pai vivo. A doação, nesse caso, não pode ser considerada adiantamento de herança e, ainda que o neto, posteriormente, venha a ser chamado à sucessão por direito próprio, porque seu pai e os outros filhos do *de cujus* morreram antes dele, não estará obrigado à colação. Se esse neto, no entanto, é chamado a suceder por direito de representação, na posição de seu pai pré-morto, deve trazer à colação o que este estaria obrigado a conferir, como dispõe o art. 2.009 do mesmo Código⁵³¹.

⁵³¹ Como ressalva Nelson Pinto Ferreira, esse dever do herdeiro por direito de representação só poderá ser exigido, naturalmente, se recebeu por herança de seu pai patrimônio suficiente para a colação, pois, do contrário, responderia por obrigação deixada por seu pai além das forças da herança (FERREIRA, Nelson Pinto. *Da Colação no Direito Civil Brasileiro e no Direito Civil Comparado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 127)

Embora o cônjuge tenha sido omitido do art. 2.002, que relaciona os obrigados à colação, foi mencionado no art. 2.003, que trata da necessidade de igualar as legítimas; e, além disso, não teria sentido dispensá-lo da colação se a doação por ele recebida também configura adiantamento de herança, nos termos do art. 544. Não parece haver dúvida, portanto, de que o cônjuge está sujeito à colação⁵³². Estende-se a obrigação de colacionar ao companheiro, pois, se pudesse receber cota integral na herança, sem o abatimento correspondente à colação, teria tratamento melhor do que o cônjuge, o que seria incoerência inadmissível no sistema.

Os ascendentes não se submetem à colação, pois não se presume, em face deles, que a doação representou adiantamento de herança. Por isso não estão relacionados no art. 544. Se o cônjuge concorre com ascendentes, estará dispensado da colação, pois a colação visa à igualar as legítimas de sucessores concorrentes, o que não se verifica no caso de ascendentes, por estarem dispensados da colação. Também não estão sujeitos à colação os colaterais, pois não são herdeiros necessários com direito a cota na legítima.

A colação tem por objeto o valor total do bem, salvo se o doador tiver dispensado o donatário da colação, como faculta o art. 2.005, no próprio ato da liberalidade ou, depois, por testamento (art. 2.006), imputando-se a doação na parte disponível. Se invadir a indisponível, cabe redução da inoficiosidade. Se a doação foi efetuada a descendentes por ambos os cônjuges, considera-se que cada um dos doadores doou metade e, por isso, o bem será colacionado por metade no inventário de cada um deles (Código Civil, art. 2.012). Se a doação é feita a casal, por exemplo, a filho e nora, conjuntamente, somente o filho deverá colacionar a metade do imóvel, pois a nora não é herdeira e não está obrigada a conferir sua metade⁵³³.

A colação abrange as chamadas doações indiretas, liberalidades equiparadas à doação (como o perdão a dívida do filho; a construção pelo pai pelo pai em terreno do filho, incorporando-se a acessão ao solo), e as doações dissimuladas (como a doação simulada como compra e venda)⁵³⁴. Regra relacionada a esse tema é a do art. 496 do

⁵³² Nesse sentido, VELOSO, Zeno, cit., Saraiva, 2003, p. 410-412. Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo resolveu interessante questão de direito intertemporal, afastando a colação pelo cônjuge em relação a bem que lhe foi doado pelo outro consorte na vigência do Código de 1916, quando a doação de um cônjuge a outro não era considerada adiantamento de herança (TJSP, AI n. 487.834-4/3-00, rel. Des. Elliot Akel, j. 29.01.2008).

⁵³³ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 402-403.

⁵³⁴ O art. 3604 do Código Civil argentino, norma baseada no art. 918 do Código Civil francês, tem previsão interessante. Cuida da hipótese em que o autor da herança efetuou alienação onerosa de bens a um ou a alguns dos herdeiros forçosos, com reserva de renda vitalícia ou usufruto. Em tal situação, de alta

Código Civil, que dispõe ser anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante houverem expressamente consentido. O objetivo da norma é evitar doação simulada como compra e venda, para livrar o descendente da colação⁵³⁵.

A colação não abrange, em nossa opinião, indenizações pagas pelo pai como responsável pelos atos do filho menor, pois, nesse caso, o pai paga dívida própria, em razão do poder familiar⁵³⁶, mas, se o filho é maior, a colação se impõe⁵³⁷. A indenização do seguro de vida, nos termos do art. 794 do Código Civil, não é considerada herança para todos os efeitos, o que significa estar o beneficiário desobrigada de trazê-la à colação⁵³⁸. Quanto ao bem que pereceu em poder do donatário, confira-se o item anterior, no qual essa matéria foi tratada. Não estão sujeitos à colação, segundo o art. 2.010 do Código Civil, gastos ordinários com o descendente menor, em sua educação, estudos, sustento, saúde, enxoval e despesas de casamento, ou feitas no interesse de sua defesa de processo-crime, previsão extensiva a gastos com filho além da maioridade, quando prossegue os estudos, especialmente universitários; e também gastos com filho incapaz, dependente dos pais, por equidade; ressalvando-se que, tendo sido reduzida a maioridade civil a 18 anos, a defesa em processo-crime deve ser compreendida como em processo por ato infracional na Justiça da Infância e da Juventude⁵³⁹. Não se sujeitam à colação, ainda, segundo o art. 2.011, doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente, pois não representam, na verdade,

probabilidade de simulação para esconder liberalidade, determina o artigo que o valor dos bens, em propriedade plena, será imputado na parte disponível e o que excedê-la será colacionado à massa hereditária para partilha com os demais herdeiros forçosos. Como explica Borda, é meio legal para evitar liberalidades simuladas como negócio oneroso, em prejuízo dos demais herdeiros forçosos, dispensando esses herdeiros prejudicados das dificuldades da prova de simulação (BORDA, Guillermo A., cit., p. 285).

⁵³⁵ Hamid Charaf Bdine Júnior sustenta que, à falta do consentimento exigido pelo art. 496, há presunção relativa de doação simulada, cabendo ao descendente adquirente fazer prova de que houve efetiva compra e venda, e efetivo pagamento pelo preço de mercado. O autor menciona corrente contrária, no sentido de que a falta de assentimento é suficiente para anular o negócio. Na sequência de sua análise, pondera, ainda, que a regra do art. 496 é especial em relação à do art. 167 do Código Civil, que comina nulidade ao negócio simulado, razão pela qual, passado o prazo de dois anos do art. 179 do mesmo Código para anulação do negócio jurídico, a compra e venda não pode mais ser questionada (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Compra e venda de ascendente a descendente*, In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 443-451).

⁵³⁶ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 226.

⁵³⁷ Em sentido contrário, reputando que há dever de colação pelo filho nessas hipótese de indenização paga pelo pai, indistintamente, as opiniões de: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol. III, 5. ed. São Paulo, Freitas Bastos, 1964, p. 418; e FERREIRA, Nelson Pinto. *Da Colação no Direito Civil Brasileiro e no Direito Civil Comparado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 213-214.

⁵³⁸ Nesse sentido: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 817.

⁵³⁹ Cf. OLIVEIRA, Euclides de, cit., 2004, p. 169.

liberalidade, mas, se houver excesso, representando a doação valor superior ao que seria razoável como remuneração, o excedente deverá ser colacionado.

Como explica Euclides de Oliveira, interpretando a regra do § único do art. 2.003, a colação se faz em valor, preservando-se a doação, igualando-se as legítimas dos herdeiros concorrentes com bens do acervo hereditário. Somente se o acervo não for suficiente é que se desfaz a doação até o necessário para igualar as legítimas. Se, nessa hipótese, o bem não pertencer mais ao donatário ou tiver perecido, a colação se faz pelo valor do bem ao tempo da doação⁵⁴⁰.

O valor da colação, segundo o art. 2.004, é o certo ou estimativo que tiver sido atribuído pelo ato de liberalidade, mas não se impede que os herdeiros apresentem impugnação ao valor, reclamando avaliação retrospectiva para apuração do real valor do bem à época. Não se consideram vicissitudes pelas quais passou o bem após a doação, ou seja, não se consideram benfeitorias, lucros ou rendimentos, nem perdas e danos (§ 2º do art. 2.004), incluindo-se eventuais acessões acrescidas⁵⁴¹.

A legitimidade ativa para postular a colação é dos herdeiros concorrentes, para que sejam igualadas as legítimas de todos eles, incluindo-se credores do herdeiro favorecido pela colação⁵⁴². Se o donatário negar o dever de colação, evidenciando-se dolo de sonegar, sofre a pena de sonegados, perdendo o direito sobre o valor ou sobre o bem que deveria ser colacionado, em ação própria, de sonegados, submetida ao prazo de dez anos do art. 205 do Código Civil. A exigência de colação é questão de interesse exclusivo dos coerdeiros concorrentes, direito disponível, podendo não exercê-lo.

Afirma a doutrina que, se o autor da herança não tinha bens quando da abertura da sucessão, ainda assim o donatário deve trazer à colação as liberalidades recebidas, para que seu valor, ou o próprio bem, seja partilhado com os coerdeiros concorrentes, descendentes ou o cônjuge ou companheiro, assegurando-se, assim, a igualdade das legítimas⁵⁴³.

Por fim, dispõe o art. 2.008 do Código Civil que o herdeiro que renunciou à herança ou dela foi excluído, por indignidade ou deserdação, deve restituir o excedente nas doações inoficiosas. A doutrina costuma salientar que, a contrário senso, o renunciante ou o

⁵⁴⁰ OLIVEIRA, Euclides de, cit., 2004, p. 118.

⁵⁴¹ OLIVEIRA, Euclides de, cit., p. 135.

⁵⁴² Cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 400. Em sentido contrário, negando legitimidade ao credor, do Tribunal de Justiça de São Paulo: AI n. 722.251-5/1-00, rel. Des. Manoel Ricardo Rebello Pinho, j. 30.07.2008.

⁵⁴³ Nesse sentido: MONTEIRO, Washington de Barros, cit., p. 318.

excluído poderiam reter a parte disponível⁵⁴⁴. Suponha-se filho que havia recebido doação do pai e vem a cometer homicídio doloso em face deste. É excluído da sucessão e, se aplicada a orientação dominante, estaria dispensado da colação, só se submetendo a eventual redução da doação na parte inoficiosa. A solução proposta para evitar esse absurdo é a de reconhecer que, apesar de excluído ou renunciar, deverá trazer o bem à colação quando isso for indispensável para assegurar a igualdade das legítimas, sem prejuízo de eventual revogação da doação por ingratidão nos termos dos arts. 555 a 564 do Código Civil⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, cit., vol. III, 1964, p. 402-203; OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tra-*
tado de direito das sucessões, vol 3, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 828-831; e PEREIRA, Caio
Mário da Silva, cit., vol. VI, 2004, p. 408.

⁵⁴⁵ ANTONINI, Mauro, cit., p. 2343.

PERSPECTIVAS DA SUCESSÃO NECESSÁRIA.

A evolução da sucessão necessária no direito brasileiro, retratada nos capítulos anteriores, seguiu, basicamente, duas linhas principais.

A primeira foi a já referida, da influência das alterações mais gerais do direito privado como um todo ao longo do Século XX e que prosseguem até os dias atuais.

Como examinado, o regime original do Código Civil de 1916 era baseado na igualdade formal, atribuindo-se aos herdeiros cotas iguais na legítima, separados em classes estanques, incomunicáveis. Não havia diferenciação entre coerdeiros em razão de peculiares situações pessoais ou pelo efetivo vínculo de dependência ou afetivo com o autor da herança. Em termos de tutela sucessória, privilegiados os laços de sangue, o cônjuge era relegado a segundo plano, pois herdeiro facultativo e terceiro na ordem da vocação hereditária.

Houve, então, a instituição de hipóteses de legados necessários, inicialmente pelo direito real de habitação introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada e ampliado no atual Código Civil, passando pelo legado de créditos específicos a dependentes previdenciários da Lei 6.858/1980, chegando até o legado necessário de alimentos da Lei do Divórcio e, depois, do art. 1.700 do Código de 2002. Por meio dessas novidades, o sistema passou a considerar, também, particulares necessidades de alguns sucessores, na linha mais geral da chamada personificação do direito civil, em busca da igualdade substancial.

Embora não abandonada a concepção original do Código de 1916, pois ainda são contemplados, na sucessão necessária, descendentes e ascendentes independentemente da efetiva necessidade da herança necessária, foi temperada pela inter-relação com as referidas hipóteses de legados necessários para atender a necessidades peculiares de alguns sucessores em especial.

A segunda linha evolutiva, a influenciar a sucessão necessária, se deu pela alteração na concepção da família. A lei passou a contemplar não mais a extensa família patriarcal que era a considerada pelo Código de 1916 e sim, como aponta Ana Luiza Maia Nevares, a chamada família nuclear, composta principalmente pelos pais e seus filhos menores, na qual o cônjuge é o elemento mais estável. Passou-se, também, da concepção de família

como instituição para a de família como instrumento de promoção do desenvolvimento de seus membros, na qual o elemento afetivo é o valor mais relevante⁵⁴⁶.

Essa nova concepção de família influenciou a melhoria da tutela sucessória do cônjuge. Casado por regime diverso da comunhão universal, passou a gozar de usufruto viual desde o Estatuto da Mulher Casada, o que representou importante inovação, por possibilitar, em caráter pioneiro, a concorrência de herdeiros de classes distintas. Proteção que evoluiu no Código de 2002 para concorrência em propriedade plena, na primeira e segunda posições da ordem da vocação hereditária, bem como pelo reconhecimento expresso de que é herdeiro necessário na terceira posição (como examinado no capítulo sobre o usufruto viual, entendemos que já era herdeiro necessário em usufruto desde o Estatuto da Mulher Casada).

Como reflexo dessa valorização do elemento afetivo e da concepção da família como instrumento de desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros, era natural que também se passasse a reconhecer tutela sucessória ao companheiro sobrevivente nos moldes mencionados anteriormente.

A partir da constatação das transformações pelas quais vem passando a sucessão necessária, em razão dessas duas linhas evolutivas, é de se indagar quais seriam as perspectivas de novas mudanças, ou seja, quais as projeções futuras nesse processo evolutivo.

Sob um primeiro ponto de vista, parece ser possível vislumbrar evolução na direção de uma, por assim dizer, personificação cada vez mais acentuada da sucessão necessária, ou seja, que venha a atender aos sucessores em atenção à sua efetiva situação pessoal, desigualando-os na medida de suas diferenças.

Exemplo é o do direito real de habitação ao filho deficiente, impossibilitado de trabalhar, introduzido ao Código de 1916 pouco antes de sua revogação, pela Lei 10.050, de 14 de novembro de 2000, examinado no item 9.6, e que o Projeto de Lei 699/2011 propõe restabelecer. É sintomático da referida linha evolutiva que o direito real ao filho deficiente era admitido no Código de 1916 em razão da simples impossibilidade de trabalhar, ao passo que, no Projeto, exige-se, além disso, comprovação da efetiva necessidade do imóvel para moradia, a revelar preocupação mais acentuada em assegurar o direito a quem dele realmente necessitar, em atenção à situação concreta do sucessor

⁵⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 68-74 e 188-193.

beneficiado⁵⁴⁷. Em outras palavras, tolhe-se a liberdade testamentária, instituindo-se hipótese de sucessão necessária, nos estritos limites em que se revela imperiosa a proteção legal para atender efetiva situação de necessidade de familiar próximo do testador.

Ainda no âmbito dessa linha evolutiva, uma perspectiva possível é objeto de proposição de Aurelio Barrio Gallardo, de substituição da legítima do direito europeu continental, em direção ao que ele denomina de direito sucessório de alimentos, aproximadamente na linha referida do direito inglês (cf. o item 4.3). Esse autor sugere a supressão do art. 150 do Código Civil espanhol, que estabelece a intransmissibilidade por morte da obrigação de prestar alimentos⁵⁴⁸. Seria substituído pela concessão de direito de crédito de alimentos a parentes do *de cuius*, em especial na relação entre pais e filhos. Nesse direito de crédito estariam compreendidas todas as expectativas sucessórias da prole do autor da herança. Na maioria das situações, supõe o autor, essa expectativa seria suprida por dezas testamentárias em favor dos descendentes. Nas situações, em menor número de casos, nas quais o testador descurasse daqueles a quem devia sustentar, nada lhes deixando ou concedendo-lhes porção insuficiente, seria possível ao prejudicado, a seu critério, postular em juízo o crédito de alimentos em face da herança. A expectativa sucessória de filhos maiores e autossuficientes não estaria assentada na solidariedade de afetos presumida e imposta pela lei, mas, sem esse caráter imperativo, teria por fundamento a subsistência de efetiva relação de afeto do *de cuius* em face deles, favorecendo-os espontaneamente. Tal solução eliminaria o automatismo da concessão de cota legítima fixa e igual a todos os filhos, solução inadequada, no entender desse jurista, porque muitas vezes eles se encontram em situações desiguais. Ao testador, o melhor conhecedor da situação familiar, caberia adotar a solução mais flexível, de maior equidade, em atenção a possíveis desigualdades entre os filhos. Reconhece o autor que, a se adotar tal solução, o sistema atual, de aplicação de fórmula geral e abstrata, sem efetiva atenção à situação pessoal do sucessor, seria substituído por outro no qual prevaleceria o arbítrio judicial, com risco de soluções em certa medida imprevisíveis. Mas pondera que é o que já ocorre na fixação de alimentos entre vivos⁵⁴⁹.

Sobre essa proposição, recorde-se a objeção apresentada por Maddalena Cinque, referida no item 4.4, de que essa solução do direito inglês, de concessão de alimentos como

⁵⁴⁷ Cf. o texto do projeto em nota ao item 9.6 supra.

⁵⁴⁸ Código Civil espanhol, art. 150: “La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme”.

⁵⁴⁹ GALLARDO, Aurelio Barrio, cit., 2012, p. 593-596.

direito sucessório, a partir da avaliação do caso concreto, após a abertura da sucessão, típico do *Common Law*, não seria a ideal em países como a Itália, e, acrescentamos, o Brasil, pois não adequada ao papel conferido aos juízes no sistema do chamado *Civil Law* e, ainda, poderia ser fonte de dissídio familiar. Além disso, o sistema de avaliação do caso concreto só atende à situação de necessidade existente na abertura da sucessão, sem contemplar possíveis necessidades futuras de parentes que, ao tempo do óbito, estavam em posição de autossuficiência, conforme o exemplo apontado por essa autora, citado no item 4.4.

Ainda sobre o tema, René Foqué e Alain Verbeke, em estudo sobre a sucessão necessária em diversos sistemas jurídicos, sob perspectiva multidisciplinar, concluem que o sistema de atribuição de porções fixas aos legitimários tem a vantagem da certeza e previsibilidade jurídica, mas, em contrapartida, a fraqueza de ser mecanismo cego, não aberto, inflexível, sem possibilidade de adaptação ou proporcionalidade a situações de necessidade ou para recompensar contribuições do herdeiro favorecido, e baseado em meras relações de sangue. A técnica de reclamar direito sucessório com base na efetiva necessidade ou em razão de contribuição para a constituição do patrimônio, segundo ponderam, seria mais adequada à sociedade moderna, mais aberta e flexível, adaptável às circunstâncias do caso concreto, com limitação da liberdade testamentária de forma proporcional, aplicando-se sucessão imperativa para atendimento de necessidades plenamente justificáveis. O ponto fraco dessa proposição, reconhecem, é o da menor previsibilidade e o de poder representar proteção mais fraca na prática do que aparenta ser na teoria, pela natural dificuldade de se questionar o prejuízo após sua consumação, mediante pleito em juízo. Em relação a cônjuges e companheiros, entendem haver necessidade de proteção mais rígida, pela contribuição para os aquestos inerente ao casamento e à união estável, a justificar, por exemplo, que lhes seja assegurada pelo menos metade dos aquestos, independentemente do regime de bens do casamento. Entendem que estudos de direito comparado demonstram tendência na direção de sistemas de sucessão necessária mais abertos e flexíveis, superando-se o modelo napoleônico mais rígido⁵⁵⁰.

Em nosso entender, o sistema brasileiro segue, em medida ponderável, o modelo de maior rigidez, ao contemplar os herdeiros necessários com cota fixa na legítima, sem

⁵⁵⁰ FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain. Conclusions: towards an open and flexible imperative inheritance law, In: CASTELEIN, Christoph; FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain (Eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society: Five Perspectives*. Antuérpia – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, p. 217-220. Essa obra contém os relatórios de seminário internacional e multidisciplinar realizado em Leuven, Bélgica, em 6 de dezembro de 2007.

possibilidade de variações a depender da situação particular de cada um deles. Não obstante, a legítima foi mantida, no Código de 2002, no percentual fixo de metade, independentemente do número de herdeiros necessários e da classe à qual pertencem. Resta, portanto, porção disponível de metade, percentual razoável, a permitir que o testador possa promover os ajustes adequados à situação concreta, favorecendo por deixo testamentária ou por legados, por exemplo, o filho mais necessitado. Essa circunstância parece representar vantagem em comparação com sistemas de cotas variáveis nos quais há possibilidade de restrição muito mais acentuada à liberdade testamentária⁵⁵¹.

Além disso, o ordenamento brasileiro vem incorporando soluções para atendimento de necessidades específicas de alguns sucessores, o que se iniciou com o direito real de habitação do cônjuge, concedido de forma mais rígida, não importando se há ou não efetiva necessidade da moradia, chegando até o legado necessário de alimentos, a comportar largo juízo de ponderação, como examinado no capítulo respectivo, introduzindo no sistema sucessório técnica mais flexível, permitindo-se ajuste proporcional ao caso concreto e, por consequência, soluções de maior equidade.

A adoção do chamado direito sucessório de alimentos, exclusivamente, como sugerido por Aurelio Barrio Gallardo, parece não ser solução adequada, ao menos no atual estágio social no Brasil, na esteira das referidas ponderações de Maddalena Cinque, e também em razão do teor de observação mencionada de René Foqué e Alain Verbeke, pois: a) ao contrário de países que adotam o *Common Law*, não seria adequado ao papel atribuído ao juiz em nosso sistema a solução, caso a caso, da complexidade de múltiplas necessidades de variados coerdeiros; b) a discussão *post mortem*, generalizada, sobre os efetivamente necessitados, poderia ser fonte de dissídio familiar; c) a concessão de direito sucessório de alimentos, exclusivamente, como examinado no item 4.4, tem a desvantagem de considerar somente necessidades alimentares existentes ao tempo da abertura da sucessão e não posteriores; d) embora sob o aspecto teórico a solução possa parecer ideal, mais flexível e proporcional, há como que uma natural resistência de postular direito em juízo, depois de consumado o prejuízo, o que pode enfraquecer consideravelmente a

⁵⁵¹ Mencione-se mais uma vez o caso extremo da Argentina, em que a legítima dos descendentes e deles em concorrência com o cônjuge atinge quatro quintos, restando porção disponível diminuta de 20% (cf. o item 4.2 supra). Na Itália, a legítima pode chegar a três quartos quando concorrem cônjuge e dois ou mais filhos, um quarto àquele, metade a estes; ou no concurso entre cônjuge e ascendentes, metade àquele, um quarto a estes (Código Civil italiano, arts. 537, 538, 540, 542 e 544). Em Portugal, a legítima pode chegar a dois terços na concorrência de cônjuge com descendentes ou ascendentes (Código Civil português, arts. 2159º e 2161º).

proteção imperativa a familiares mais próximos, de inegável interesse social; d) há, ainda, apesar de avanços, dificuldade de acesso à Justiça, o que também poderia dificultar o êxito dessa solução.

Ainda em termos de perspectivas da sucessão necessária, alguns exemplos de modificações legislativas recentes em outros países podem apontar algumas possibilidades para eventual e futura reforma do instituto em nosso país.

Na França, a Lei 2006-728, de 23 de junho de 2006, na tendência de ampliar a liberdade testamentária, inovou, dentre outros aspectos, ao excluir os ascendentes do rol de herdeiros reservatários, alterando o art. 916 do Código Civil francês⁵⁵². Além disso, modificando o art. 929 e seguintes desse Código, tornou possível ao presuntivo herdeiro reservatário renunciar ao exercício de ação de redução em face de sucessão não aberta, desde que o faça em benefício de pessoas determinadas, com o consentimento do *de cujus*, ou seja, a proteção representada pela reserva tornou-se renunciável antes da abertura da sucessão⁵⁵³.

O Código Civil alemão também prevê a possibilidade de renúncia antecipada à sucessão necessária por meio de acordo entre o potencial sucessor e o testador (§ 2346)⁵⁵⁴. Outra previsão interessante desse mesmo Código é a de seu § 2325, parágrafo 3º, que previa que as doações a serem computadas para apuração do valor a ser partilhado eram somente as realizadas nos dez anos anteriores à abertura da sucessão, salvo doações entre cônjuge, para as quais esse prazo seria contado da dissolução do casamento. Considerava-se que essa regra temporal era iníqua quando, por exemplo, a abertura da sucessão ocorria um dia antes do decurso dos dez anos. Por conta dessa crítica, a norma foi reformada por lei em vigor desde 1º de janeiro de 2010, instituindo regra de proporcionalidade, pela qual,

⁵⁵² Confira-se o teor do art. 916: “A défaut de descendant et de conjoint survivant non divorcé, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens” (Tradução livre: À falta de descendentes e de cônjuge sobrevivente não divorciado, as liberalidades por atos entre vivos ou testamentárias poderão esgotar a totalidade dos bens). Essa solução, em nossa opinião, seria admissível no direito brasileiro desde que se resguardasse aos ascendentes, como remanescente de sucessão necessária, o legado *ex lege* de alimentos, a lhes assegurar amparo em eventuais dificuldades, especialmente se idosos.

⁵⁵³ Cf. MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Les Successions, Les Libéralités*, 4. ed. Paris: Defrénois, Lextenso editions, 2010, p. 312.

⁵⁵⁴ Código Civil alemão, § 2346: “(1) Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. Der Verzichtende ist von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte; er hat kein Pflichtteilsrecht. (2) Der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden”. (Tradução livre: (1) Parentes e o cônjuge do testador podem renunciar a seus direitos na sucessão intestada por contrato com o testador. A pessoa renunciante é excluída da sucessão intestada como se não estivesse mais viva ao tempo da devolução da herança; ele não tem direito a uma cota compulsória. (2) A renúncia pode ser restrita ao direito a uma cota compulsória).

a cada ano vencido do prazo, abatem-se 10% do valor da doação, de modo que, se decorridos oito anos por exemplo, somente 20% do valor da doação será computado no acervo a ser partilhado⁵⁵⁵.

Na Itália, na busca de mecanismo que equilibrasse o interesse dos legitimários com o da empresa, criou-se o chamado pacto de família (*patto di famiglia*), introduzido no Código Civil, arts. 768-bis a 768-octies, pela Lei 55, de 14 de fevereiro de 2006. Trata-se de contrato pelo qual, no todo ou em parte, o empresário transfere a empresa, ou o titular de participação em sociedade empresária transfere essa participação, a um ou mais descendentes, mediante instrumento público, do qual devem participar o cônjuge e todos aqueles que, ao tempo do negócio, seriam legitimários do cedente⁵⁵⁶. A cessão da empresa ou da participação societária opera desde logo, independentemente da abertura da sucessão. Produz, portanto, efeitos *inter vivos* e não *causa mortis*⁵⁵⁷. Os outros legitimários, os não cessionários, têm direito à liquidação do que lhes caberia como cota de legítima na empresa ou na participação societária, em dinheiro ou em bens, mas também podem renunciar, no todo ou em parte, a esse direito. Os valores recebidos por esses outros legitimários são imputados em suas cotas na legítima. É possível, ainda, diferimento da liquidação devida a eles, mediante celebração de contrato sucessivo, coligado ao primeiro, com menção obrigatória, no segundo, da circunstância da coligação ao pacto de família⁵⁵⁸. A parte da empresa ou da participação societária que corresponderia à disponível por testamento passa a pertencer ao cessionário⁵⁵⁹. A doutrina italiana dominante entende que

⁵⁵⁵ PINTENS, Walter; SEYNS, Steven, cit., p. 187. Confirma-se o parágrafo terceiro do § 2325: “(3) Die Schenkung wird innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt. Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe”. (Tradução livre: A doação é levada em conta integralmente no primeiro ano anterior à devolução da herança, e é levada em conta por um décimo a menos a cada ano anterior à devolução da herança. Se dez anos tiverem passado desde que o objeto doado foi dado, a doação não é considerada. Se a doação foi feita ao cônjuge, o prazo não se inicia até a dissolução do casamento).

⁵⁵⁶ Giovanni Bonilini pondera que, exigindo a norma a presença de todos os que, ao tempo do negócio, seriam legitimários do disponente, a não participação de um deles é causa de nulidade, mas menciona entendimento doutrinário contrário, de que, ausente legitimário devidamente convocado, o pacto seria válido em face dos participantes, simplesmente ineficaz em face do ausente (BONILINI, Giovanni. *Il Patto di Famiglia*, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 652-653).

⁵⁵⁷ CAPOZZI, Guido, cit., Tomo II, p. 1451-1452 e 1457.

⁵⁵⁸ Ibid., p. 1451-1452 e 1481-1483.

⁵⁵⁹ Ibid., cit., p. 1453. No exemplo apresentado por esse autor, o titular de participação societária de 120 mil euros, e que tem cônjuge e três filhos, cede a participação a um dos filhos. O cônjuge, em concorrência com dois ou mais filhos, tem legítima de um quarto, os filhos de metade. Assim, e não havendo renúncia, o cônjuge recebe 30 mil euros. A metade correspondente aos filhos, de 60 mil euros, é dividida em três partes de 20 mil, uma delas do cessionário da participação societária, as duas outras dos irmãos não cessionários.

o cessionário da empresa ou da participação societária é que deve promover a liquidação em favor dos legitimários não cessionários, embora haja corrente a sustentar que o próprio *pater familias* cedente poderia arcar com essa liquidação⁵⁶⁰. O cessionário recebe a empresa ou a participação societária como liberalidade, gratuitamente, o que leva parte da doutrina italiana a qualificar o pacto como doação modal, vinculada à liquidação, pelo cessionário, das cotas na legítima dos outros legitimários não cessionários, mas outros ponderam que não é possível reduzi-lo a simples doação, pela complexidade funcional do negócio, preferível, na opinião de Giovanni Bonilini, o reconhecimento de que se trata de figura contratual típica com função de divisão hereditária antecipada⁵⁶¹. Se na abertura da sucessão do empresário houver legitimários supervenientes ao pacto de família, eles poderão reclamar o valor que lhes teria cabido no pacto de família acrescido de juros legais (art. 768-sexies). O mais relevante é que, nos termos do art. 768-quater, quarto parágrafo, o quanto recebido pelos contraentes não é sujeito à colação ou à redução de doações inoficiosas, o que significa, segundo entendimento dominante na doutrina italiana, como aponta Guido Capozzi, que tanto o que o disponente transferiu aos cessionários, como aos legitimários não cessionários para liquidação de suas cotas legitimárias na empresa ou participação societária, não pode ser objeto de reclamo de colação ou redução de liberalidades⁵⁶². Essa impossibilidade de desfazimento do pacto por ocasião da abertura da sucessão é o aspecto principal para cumprimento da função para a qual foi criado, representando instrumento colocado à disposição do empresário para planejar a passagem da empresa para a geração seguinte, com adequada segurança jurídica. Assegura-se o que Guido Capozzi denomina de funcionalidade futura da empresa, evitando prejuízo à sua continuidade por conta de futura disputa sucessória⁵⁶³.

Somados os 30 mil do cônjuge e as duas cotas de 20 mil dos dois filhos não cessionários, temos 70 mil. Dos restantes 50 mil, 20 correspondem à cota do cessionário na legítima e 30 à parte disponível por testamento, atribuída ao cessionário (ibid., p. 1453).

⁵⁶⁰ A corrente dominante, segundo Guido Capozzi, argumenta que o art. 458 do Código Civil italiano, ao proibir pactos sucessórios, prevê como única exceção a cessão da empresa ou participação societária, a significar que o pacto não poderia envolver bens de outra natureza em pagamento dos legitimários não cessionários. A outra corrente pondera que, a se não permitir que o próprio titular da empresa ou da participação societária faça a liquidação devida, com seus próprios bens, aos legitimários não cessionários, o pacto de família ficaria consideravelmente esvaziado, pela perspectiva remota de o descendente cessionário ter disponibilidade financeira para promover a liquidação das cotas dos outros na legítima (ibid., p. 1483-1485).

⁵⁶¹ BONILINI, Giovanni. Il Patto di Famiglia [...], cit., p. 638-640.

⁵⁶² CAPOZZI, Guido, cit., Tomo II, p. 1490-1491.

⁵⁶³ Ibid., p. 1452-1453.

CONCLUSÕES.

Como foi examinado ao longo deste trabalho, a função mais geral e neutra do direito das sucessões, inerente a todos os ordenamentos jurídicos que reconhecem a propriedade privada, é a de dar continuidade às relações jurídicas deixadas pelo *de cujus*. Essa função é cumprida pela sucessão intestada, por meio da qual, à falta de sucessíveis necessários e de testamento, se assegura que haja um sucessor, ainda que colateral de grau mais distante ou até mesmo o Estado.

Em nível mais concreto, de opções de política legislativa na definição dos critérios de escolha dos sucessores, o perfil do direito hereditário se estabelece a partir do jogo de forças entre dois valores. De um lado, a liberdade testamentária, projeção do direito de propriedade. De outro, a solidariedade familiar, a impor proteção legal imperativa a familiares mais próximos do *de cujus*. Esses valores são representados, respectivamente, por duas outras modalidades sucessórias: pela sucessão testamentária e pela sucessão necessária. A peculiaridade do direito hereditário em cada ordenamento decorre, especialmente, do peso que se atribui a cada um desses valores. A sucessão necessária, portanto, tem papel fundamental na definição do direito hereditário, em contraposição à sucessão testamentária.

Não obstante, o Código Civil de 1916, inspirado no modelo liberal de exacerbado individualismo, exaltava a sucessão testamentária e cuidava, como se fosse mero apêndice dela, da proteção imperativa aos herdeiros necessários, pelo viés de mera limitação à liberdade de testar. No Código de 2002, em nosso entender houve avanço, transplantando-se o capítulo dos herdeiros necessários do título da sucessão testamentária para o da sucessão legítima. Reconheceu-se, assim, que sucessão legítima não é somente a intestada, mas também a que contempla os herdeiros necessários, pois em ambas os sucessores são designados diretamente pela lei. Depreende-se do sistema, mais claramente no Código de 2002, que no âmbito da sucessão legítima em sentido amplo há duas subespécies: por um lado, a sucessão intestada ou sucessão legítima em sentido estrito; e, por outro, o que denominamos de sucessão necessária por inspiração da doutrina italiana e alguns pronunciamentos da brasileira. São duas subespécies, porque, como visto, afora o elemento comum, de designação dos sucessores diretamente pela lei, sem concurso de manifestação de vontade do autor da herança, diferenciam-se em todos os demais aspectos. A sucessão

necessária, como esmiuçado ao longo do trabalho, tem fundamentos próprios, sujeitos e objeto diferenciados, e é regida por normas de natureza peculiar, de ordem pública relativa.

Esse avanço do Código de 2002, porém, parece ser insuficiente. Talvez o motivo de não ter havido maior modificação seja o fato de que uma das diretrizes da Comissão Revisora e Elaboradora do Código, segundo Miguel Reale, foi a de preservar o Código de 1916 “... sempre que possível, não só por seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu”⁵⁶⁴. Em razão disso, salvo pela troca de posição do capítulo dos herdeiros necessários, poucas foram as mudanças na estrutura do livro do direito das sucessões. Essa circunstância manteve em certa medida obscurecida e sem sistematização adequada uma das duas forças que definem o direito sucessório, representada pela sucessão necessária. Pois o Código não atribui nome próprio a essa modalidade sucessória e continua a reger a matéria como se dissesse respeito exclusivamente aos herdeiros necessários e à legítima. Não incorporou, de forma mais bem sistematizada, as alterações que paulatinamente foram introduzidas ao sistema durante a vigência do Código de 1916. Além disso, diversos institutos relacionados mais diretamente à sucessão necessária estão dispersos pelo Código (por exemplo, a redução das disposições testamentárias e a deserdação no título da sucessão testamentária; a redução das doações inoficiosas em meio ao capítulo da colação, no título do inventário e da partilha; o direito real de habitação no capítulo da ordem da vocação hereditária; o que entendemos configurar legado necessário de alimentos no livro do direito de família).

Ao se inspirar em grande medida na estrutura do Código de 1916, o legislador parece não ter percebido com clareza que a sucessão necessária, ao longo da vigência do Código anterior, passou por importante renovação, incorporando técnica que não é mais exclusivamente do chamado modelo liberal, mas também do Estado social, na busca da igualdade substancial. Foram criadas, por alterações no Código e também por meio de leis especiais, hipóteses diferenciadas de sucessão necessária, para atendimento de necessidades particulares de alguns sucessores, desigualando-os na medida de suas diferenças. Instituíram-se, especialmente, hipóteses de legados *ex lege* imperativos e de sucessão concorrente de herdeiros de classes diversas, o que alterou profundamente o perfil da sucessão necessária. Passou a existir, desde então, combinação de distintas técnicas sucessórias, uma típica do modelo liberal, de atribuição de cotas fixas e iguais a sucessíveis necessários da mesma classe, sem atenção a particulares necessidades alimentares ou

⁵⁶⁴ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

existenciais, justificada, em moldes contemporâneos, pela chamada solidariedade dos afetos (cf. o item 4.4); e outra de atribuir tutelas particularizadas em atenção a necessidades de determinados sucessores, na tendência mais contemporânea em direção a sistemas de sucessão imperativa mais abertos e flexíveis.

Conviria, em nossa opinião, o tratamento da sucessão necessária em título próprio do Código Civil, aglutinando-se os temas que lhe dizem respeito mais diretamente, seguindo-se o exemplo do Código Civil português na disciplina da lá chamada sucessão legitimária. Essa alteração tornaria mais evidente a importância fundamental da sucessão necessária na estruturação do direito sucessório. Permitiria clara visão de conjunto, possibilitando a percepção imediata da circunstância acima referida, ou seja, de que atualmente a sucessão necessária combina distintas técnicas sucessórias, podendo-se falar em legatários necessários ao lado de herdeiros necessários, em legítima como porção da herança e também como legados *ex lege*.

Enquanto não se promover melhor sistematização legal da matéria, parece ser papel da doutrina dar ao tema o devido realce, reconhecendo que se trata de mais uma modalidade sucessória, ao lado da sucessão testamentária e da sucessão intestada, possibilitando visão mais abrangente e atualizada do fenômeno, seguindo-se, nesse aspecto, o que se verifica, por exemplo, na Itália, pois o Código Civil italiano também não disciplina a sucessão necessária de modo mais explícito, mas a matéria é abordada amplamente pela doutrina desse país em diversas obras e artigos específicos, e também com destaque em manuais sobre direito das sucessões.

No intuito de iluminar esse fundamental fenômeno sucessório, apontando sua importância e complexidade, procuramos realizar análise de seus principais aspectos em caráter mais geral, seguida da abordagem de seus antecedentes históricos e sua evolução no direito brasileiro, seu perfil atual a partir do Código Civil de 2002 e, por fim, suas perspectivas futuras.

Confirmou-se, em nossa opinião, se tratar de subespécie autônoma de sucessão legítima, com caracteres próprios, uma das colunas do sistema sucessório. Tem por fundamento a solidariedade familiar sob duplo aspecto, tanto no cumprimento de função alimentar como da solidariedade dos afetos, podendo-se vislumbrar elemento de solidariedade mesmo quando favorece sucessores maiores, capazes e autossuficientes economicamente. A sucessão necessária, em nossa opinião, tem amparo no princípio da solidariedade que emana da Constituição Federal e, por isso, pode ser reformada, mas não

abolida. O direito que se assegura aos sucessores necessários, de pleno direito, lhes confere primazia em relação aos demais sucessíveis, a revelar hierarquia nos títulos de vocação hereditária, sobrepondo-se desde logo, independentemente de pleito de redução, às disposições testamentárias excedentes da porção disponível e às doações na parte inoficiosa. Essas disposições inoficiosas, por testamento ou doação, padecem, segundo posição que defendemos, de nulidade relativa ou dependente de alegação.

Na evolução da sucessão necessária em nosso direito, constatou-se lenta, mas constante progressão no rumo de instituição de tutelas sucessórias particularizadas, para atendimento de necessidades de alguns sucessores.

Essa tendência se iniciou com a instituição de hipóteses de proteção imperativa ao cônjuge sobrevivente, especialmente pelo Estatuto da Mulher Casada, conferindo-lhe direito real de habitação ou usufruto viual, a depender do regime de bens do casamento. No primeiro caso, do direito real de habitação, trata-se de legado necessário que pode, em determinadas circunstâncias, comprimir a metade indisponível de descendentes e ascendentes, bem como a metade disponível, reduzindo o campo de liberdade testamentária. Pelo usufruto viual, tornou-se possível a concorrência de herdeiros de classes distintas, alterando-se radicalmente a concepção original do Código de 1916.

Outra etapa relevante no avanço da sucessão necessária foi o reconhecimento da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor, pelo art. 23 da Lei do Divórcio, instituindo-se legado necessário de alimentos, o qual, segundo a corrente jurisprudencial então dominante, favorecia o cônjuge na separação ou no divórcio, ou eventualmente os filhos do casamento desfeito. Esse legado necessário de alimentos, em nossa opinião, foi ampliado pelo art. 1.700 do Código Civil de 2002, passando a favorecer todo aquele com direito a perceber alimentos do *de cujus*, em obrigação alimentar contemporânea à abertura da sucessão. Esse legado necessário de alimentos, pela amplitude que nos parece ter, segundo a análise efetuada no capítulo respectivo, proporciona amplo campo para incidência de juízo de ponderação pelo julgador, na busca da situação mais proporcional e equitativa na solução do caso concreto. Promoveu-se, assim, abertura em grau até então inexistente em nosso ordenamento, na tendência contemporânea em direção a sistemas de sucessão necessária mais abertos, flexíveis e proporcionais a situações existenciais de efetiva necessidade de proteção imperativa.

Na sequência dessa linha evolutiva, a Lei 6.858/1980 concedeu legado necessário de créditos específicos a dependentes previdenciários do autor da herança. A partir da

Constituição de 1988 e também pelas Leis 8.981/1994 e 9.278/1996, passou a haver proteção sucessória imperativa, em nosso entender, em favor do companheiro sobrevivente. No Código Civil de 2002, finalmente, consolidou-se a proteção imperativa ao cônjuge, expressamente declarado herdeiro necessário, sucedendo necessariamente na terceira posição da ordem da vocação hereditária e também em concorrência em propriedade plena com descendentes e ascendentes. Conforme a opinião expendida, o companheiro sobrevivente também é herdeiro necessário. O direito conferido ao testador de clausular a legítima se tornou condicionado à existência de justa causa.

O exame dessa evolução da sucessão necessária em nosso direito parece revelar uma constante, uma tendência no sentido de instituição de hipóteses de sucessão necessária em atenção a especiais necessidades de determinados sucessores, levando-se em conta, cada vez mais, suas concretas situações existenciais. A análise do debate que tem ocorrido recentemente em alguns países, a respeito do papel da sucessão necessária, bem como alterações legislativas recentes em alguns outros, demonstra que efetivamente há tendência, nas sociedades contemporâneas, de manutenção da sucessão necessária, mas mais aberta, flexível e proporcional, limitando a liberdade testamentária na medida adequada para atingir a finalidade da proteção imperativa dos familiares mais próximos do autor da herança.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*, vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003

ALVARENGA, Gil Costa. Usufruto Legal do Cônjuge Sobrevivente. *Revista Forense*, vol. 224, out/nov/dez/1968. Rio de Janeiro: Forense, 1968

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, 2. ed. São Paulo, 1936

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, In: *Revista dos Tribunais*, vol. 836, junho de 2005. São Paulo: RT, 2005

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e Partilhas*, 21. ed. São Paulo: Leud, 2008

ANTONINI, Mauro, In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil Comentado*, 6. ed.. Barueri: Manole, 2012

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*, 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

AZEVEDO, Álvaro Villaça, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, vol. 19. São Paulo: Saraiva, 2003

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Espírito de Compromisso do Direito das Sucessões perante as Exigências Individualistas de Autonomia da Vontade e as Supra-individualistas da Família. Herdeiro e Legatário, In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. Barueri: Manole, 2012

- BARREIRA, Dolor. *Sucessão Legítima*, 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970
- BASSINI, Giovanni Francesco. I Diritti Successorii del Coniuge Separato, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Sucessione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, vol. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1928
- _____. *Direito das Sucessões*, 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938
- _____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, vol. VI, 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010
- _____. Compra e venda de ascendente a descendente, In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. 2, *La Famiglia e le Successioni*, 4. ed. Milão: Giuffrè, 2005
- BONILINI, Giovanni. I Diritti Successori del Coniuge Divorziato, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Sucessione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009
- _____. Il Patto di Famiglia, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Sucessione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Sucesiones*, 14 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004
- BUCELLI, Andrea. *I Legittimari*. Milão: Giuffrè, 2002
- CAHALI, Francisco José; CARDOSO, Fabiana Domingues. A Sucessão na União Estável, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orientação); CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.) *Direito das Sucessões: direito civil*, vol. 8. São Paulo: RT, 2008
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*, 3. ed. São Paulo: RT, 2007

- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000
- CAPOZZI, Guido. *Successioni e Donazioni*, Tomo I, 3. ed. Milão: Giuffrè, 2009
- _____. *Successioni e Donazioni*, Tomo II, 3. ed. Milão: Giuffrè, 2009
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1912
- CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003
- _____. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- CATTANEO, Giovanni. La vocazione necessaria e la vocazione legittima, In: *Trattato di Diritto Privato: successioni*, vol. 5, tomo 1. Turim: Utet, 1982
- CHAVES, Antônio. O Usufruto Vidual Instituído pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Revista dos Tribunais*, vol. 470, dez/1974. São Paulo: RT, 1974
- CICU, Antonio. *Successione Legittima e dei Legittimari*, 2.ed. Milão: Giuffrè, 1947
- CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria, In: *Rivista di Diritto Civile*, Anno LVII, n. 5. Padova: Cedam, 2011
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006
- COLTRO, Antônio Carlos; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: do direito pessoal*, vol. XVII, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris, 2012
- COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*, 4. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo/Bauru: Edipro, 2009
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4. ed. São Paulo: RT, 2007

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006

DINIZ, Maria Helena, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*, vol. 22. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 5. Direito de família*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 6. Direito das sucessões*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DOSSETTI, Maria. Concetto e Fondamento della Successione Necessaria, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009

_____. Il Coniuge, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Alguns Aspectos Atuais do Usufruto Vidual no Direito Brasileiro, In: *Revista Forense*, vol. 345, jan/mar/1999. Rio de Janeiro: Forense, 1999

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*, vol. XV. São Paulo: Atlas, 2003

FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48. Rio de Janeiro: Editora Padma, outubro-dezembro de 2011

FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições Testamentárias e Clausulação da Legítima, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*, 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2001

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990

- FERREIRA, Nelson Pinto. *Da Colação no Direito Civil Brasileiro e no Direito Civil Comparado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002
- FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012
- FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain. Conclusions: towards an open and flexible imperative inheritance law, In: CASTELEIN, Christoph; FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain (Eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society: Five Perspectives*. Antuérpia – Oxford – Portland: Intersentia, 2009
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *O Contrato de Doação*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família*, vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011
- GALLARDO, Aurelio Barrio. *La Evolución de la Libertad de Testar en el “Common Law” Inglés*, 1. ed. Cizur Menor: Editorial Arazandi, 2011
- _____. *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.) *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito de família – direito patrimonial*, vol. XV. Rio de Janeiro: Forense, 2005
- _____. *Direito Civil: sucessões*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004
- _____. Dos Herdeiros Necessários e da Gravação da Legítima no Novo Código Civil, In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008
- _____, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. Barueri: Manole, 2012
- GOMES, Orlando. *Sucessões*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986
- _____. *Sucessões*, 12. ed., atualizada por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*, vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2005
- _____. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007
- HIERRO, José Manuel Fernández. *La Sucesión Forzosa*. Granada: Editorial Comares, 2004
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003
- _____. Ordem de vocação hereditária, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- _____. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2012
- JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI, 5. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009
- LESLIE, Melanie B. The Myth of Testamentary Freedom, In: *Arizona Law Review*, vol. 38, 1996
- LO PRETE, Octavio. *Acciones Protectoras de la Legítima*, 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009
- LÔBO, Paulo Luis Netto, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2003
- LOUREIRO, Francisco Eduardo, In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil Comentado*, 6. ed.. Barueri: Manole, 2012
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, 4. Ed. São Paulo: RT, 2006
- MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Les Successions, Les Libéralités*, 4. ed. Paris: Defrénois, Lextenso editions, 2010

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964

_____. *Direito das Sucessões*, vol. II, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964

_____. *Direito das Sucessões*, vol. III, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964

_____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MENGONI, Luigi. *Sucessioni per Causa di Morte – Parte Speciale, Successione Necessaria*, In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XLIII, t. 2. Milão: Giuffrè, 1967

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Direito das Sucessões: sucessão em geral, sucessão legítima*, Tomo LV, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968

_____. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Disposições testamentárias. Herança e legados*, Tomo LVII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969

MONACHE, Stefano Delle. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milão: Giuffrè, 2008

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 6, 35. ed., atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*, vol. 4, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

_____. *Curso de Direito Civil: direito de família*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

_____. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 6, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

NALINI, José Renato, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXII, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

_____. O Princípio da Intangibilidade da Legítima, In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____. *A Função Promocional do Testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1957

_____. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. 1, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952

_____. *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. 2, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952

_____. *Tratado de direito das sucessões*, vol 3, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952

OLIVEIRA, Euclides. *União Estável: do concubinato ao casamento*, 6. ed. São Paulo: Método, 2003

_____, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XX. São Paulo: Atlas, 2004

_____. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros, In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005

ORLANDI, Olga. *La Legítima y sus modos de protección*, 2. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010

PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*, Tomo I, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2000

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, 15. ed., atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 22. ed., atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 16. ed., atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A Transmissão da Obrigação Alimentar, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade: alimentos no novo Código Civil – aspectos polêmicos*, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos Patrimoniais do Concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1977

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2011

PINTENS, Walter; SEYNS, Steven. Compulsory Portion and Solidarity Between Generations in German Law, In: CASTELEIN, Christoph; FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain (Eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society: Five Perspectives*. Antuérpia – Oxford – Portland: Intersentia, 2009

PITÃO, José António de França. *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005

PROENÇA, José João Gonçalves de. *Natureza Jurídica da Legítima*, reedição. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. *Direito das Sucessões*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, vol. 6, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1988

_____. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 7, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1988

_____. *Direito Civil: direito de família*, vol. 6, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. *Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 7, 25. ed., atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. *Direito Civil: parte geral*, vol. 1, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

ROSENVALD, Nélon, In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed.. Barueri: Manole, 2012

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962

SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto, In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLIII. Milão: Giuffrè, 1989

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Vida privada e cotidiano no Brasil (na época de D. Maria I e D. João VI)*. São Paulo: Referência/ Editorial Estampa, 1993

SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das Cláusulas Restritivas da Propriedade*. São Paulo: Escolas Salesianas, 1910.

SOUZA, Sylvio Capanema, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões: noções fundamentais*, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990

_____. Atualidade do usufruto viúvo no direito brasileiro, In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: novos aspectos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

_____. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio, In: *Temas de Direito Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

_____. A inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48. Rio de Janeiro: Editora Padma, outubro-dezembro de 2011

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho, In: *Revista dos Tribunais*, vol. 836, junho de 2005. São Paulo: RT, 2005

_____, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, Tomo I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

TULLIO, Antonio. La Tutela dei Diritti dei Legittimari, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009

_____. Il Calcolo della Legittima, In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, vol. III, *La Successione Legittima*. Milão: Giuffrè, 2009

VELOSO, Zeno, In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003

_____, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XVII. São Paulo: Atlas, 2003

_____. *Invalidez do Negócio Jurídico*, 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

_____, In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

_____. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, vol. 6, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008

_____. *Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 7, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008

VIANA, Marco Aurélio S., In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: dos direitos reais*, vol. XVI, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito das Sucessões*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193. Rio de Janeiro: Forense, 2009

ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003