

## **Da legítima dos herdeiros necessários e das cláusulas restritivas sobre ela Doutrina e Pesquisa**

JOSÉ DA SILVA PACHECO

### **CONSOANTE O NOVO CÓDIGO CIVIL**

SUMÁRIO: 1. Dos herdeiros necessários. 2. Da legítima. 3. Como se calcula a legítima e a parte disponível. 3.1. Do cálculo da parte disponível. 3.2. Do cálculo da legítima. 3.3. No valor dos bens do de cujus não se incluem os da meação do cônjuge quando o regime for de comunhão. 4. Da restrição de cláusulas sobre bens da legítima. 5. O herdeiro necessário, além da legítima, pode receber o que o testador lhe doar de sua parte disponível. 6. Do afastamento dos colaterais.

#### **1. Dos herdeiros necessários.**

O novo Código Civil, em seu artigo 1.845, inovando, dispôs que são herdeiros necessários, em nosso país, os descendentes (filhos, netos, bisnetos), os ascendentes (pais, avós), e o cônjuge. A lei os qualifica de necessários por não poderem deixar de o ser, a não ser nas hipóteses excepcionais de deserdação ou de indignidade. Histórica e doutrinariamente, são também chamados reservatórios, forçados, ou legitimários, que não podem ser privados da porção da herança, denominada legítima, que a lei lhes reserva, a não ser nos casos excepcionais que a lei prescreve nos modos por ela estabelecidos. A lei, expressamente, determina quais são os necessários, abrangentes, apenas, dos descendentes, ascendentes e cônjuge. Embora sucessor legítimo, conforme estabelece o artigo 1.829 do novo Código, o colateral não é herdeiro necessário.

#### **2. Da legítima.**

Como estabelece, expressamente, o artigo 1.846 do novo Código Civil, "pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima". Por esse motivo, se houver descendente, ascendente ou cônjuge, que são herdeiros a quem se reservam os bens constitutivos da legítima, não se pode dispor desses bens. Eles pertencem àqueles herdeiros reservatórios, legitimários, forçados ou necessários. No caso de existir tais herdeiros, a liberdade de testar fica restrita à metade disponível. Na falta daqueles herdeiros, todavia, é plena a liberdade de testar, nada impedindo que disponha de todo o patrimônio, mesmo que haja colateral.

Legítima é a porção de bens que a lei reserva ao herdeiro necessário. Em nosso país, essa porção resume-se na metade dos bens da herança (artigo 1.846), que pertence, por força desse dispositivo legal, aos herdeiros necessários, não podendo o testador dela dispor (artigo 1.789). Como bem conceitua o artigo 2.156 do atual Código Civil de Portugal, "entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários". A legítima, pois, é a porção ou quota da herança reservada ou pertencente de pleno direito aos herdeiros necessários, da qual não pode o testador dispor.

Se, como dissemos, a metade da herança está reservada aos herdeiros necessários (artigo 1.846), e, havendo estes, só poderá o testador dispor da outra metade da herança, que é chamada de quota disponível, vamos ver, em seguida, como se calcula uma e outra.

#### **3. Como se calcula a legítima e a parte disponível. 3.1. Do cálculo da metade disponível.**

De acordo com o disposto no artigo 1.847 do novo Código Civil, 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.

Ao falecer determinada pessoa, abre-se-lhe a sucessão, deferindo-se a herança como um todo unitário, que permanece indivisa até a partilha, antes da qual o acervo deixado pelo *de cujus* responde pelo pagamento das dívidas. Por esse motivo, o artigo 1.997, 1 a parte, assevera que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido.

As despesas funerárias, ademais, haja ou não herdeiros legítimos, saíam do monte da herança (artigo 1.998). Desse modo, a primeira operação consiste em deduzir

do valor dos bens existentes, deixados pelo *de cujus*, os valores referentes às dívidas do falecido e às despesas funerárias, observando-se o disposto nos artigos 1.847, 1.997 e 1.998.

O que se transmite aos herdeiros e sucessores do *de cujus*, na realidade, é o saldo entre o seu ativo e passivo, **pois, praticamente, a herança é o que deixa o falecido** depois de satisfeitos os seus credores. Feita a dedução das dívidas do falecido e das despesas funerárias, dividir-se-á o produto em duas partes iguais, uma das quais corresponderá à metade disponível e a outra, genericamente, deveria constituir a legítima dos herdeiros necessários.

#### **3.2. Do cálculo da legítima.**

Embora uma das duas metades, acima apuradas, devesse corresponder à legítima dos herdeiros necessários, pode acontecer que o testador, durante a sua vida, tenha feito doações a descendentes. Nesse caso, a lei impõe aos herdeiros beneficiados o dever de conferir o valor das doações para igualar as legítimas (artigo 2.002). A essa imposição legal dá-se o nome de colação. Por esse motivo, o parágrafo único do artigo 2.002, do novo código; estabelece que "para o cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a parte disponível". Coerentemente, o artigo 1.847, *in fine*, manda adicionar, "em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação". Assim, à metade dos bens do testador, adiciona-se a importância dos bens sujeitos a colação. Em resumo, o valor apurado, após a dedução das dívidas e das despesas de funeral, dividido por dois, dá, conseqüentemente, duas metades, uma das quais corresponde à parte disponível, como acima dissemos, e à outra será adicionado o valor dos bens sujeitos à colação (artigos 2.002 e seg.), obtendo-se, como resultado, o valor da legítima.

### **3.3. No valor dos bens deixados pelo de cujus não se incluem os da meação do cônjuge quando o regime for de comunhão. .**

Contudo, é bom esclarecer que se o defunto era casado pela, regime de comunhão, deve ser, preliminarmente, antes de qualquer das operações acima mencionadas, separada a meação do cônjuge sobrevivente, que lhe pertence. O valor da herança, para o cálculo da legítima ou da parte disponível, repousa, apenas, nos bens deixados pelo *de cujus*.

### **4. Da restrição de cláusulas, sobre os bens da legítima.**

Contrariamente ao que dispunha o código anterior, no artigo 1.723, o novo Código Civil, no artigo 1.848, é expresso em proibir o testador de estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima, salvo se houver justa causa, declarada no testamento. O dispositivo legal usa a expressão "não pode". A ressalva obriga o testador a declarar, com clareza e precisão, a justa causa para as hipóteses em que seja necessário resguardar os direitos do herdeiro. Aliás, sobre esta restrição, o código, no artigo 2.042, estabelece que o disposto *no caput* do artigo 1.848 é aplicável às sucessões abertas no prazo de um ano após a data em que entrou em vigor o código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do código anterior. Permite-se que, nesse prazo, o testador declare, em aditamento ao testamento; a justa causa para a restrição. Se não o fizer, a restrição não subsistirá, ainda que o testamento tenha sido feito sob a incidência do código anterior. A justa causa tem de ser expressa, clara e precisa.

Não é, também, permitido que estabeleça o testador a conversão de bens da legítima em outros de espécie diversa (artigo 1.848, § 1º). O Código anterior, no artigo 1.723, ao contrário, permitia que o testador determinasse a conversão dos bens da legítima em outras espécies. O atual, porém, não o permite .

Mediante autorização judicial, diz o § 2º do artigo 1.848, "e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros". Tem pertinência a invocação do artigo 1.112 do Código de Processo Civil, que, em seu inciso II, estabelece como adequado o procedimento dos artigos 1.103 a 1.111, para a sub-rogação, e o Decreto-Lei n.º 6.777/44. Sobre a competência, há discussão, entendendo uns que é do juízo onde foram impostas as cláusulas (RT 489/82), e outros que é do foro da situação dos bens (RJTJESP 37/145).

Sobre a sub-rogação, é preciso assinalar: 1º) a cláusula de inalienabilidade imposta aos bens por ato de liberalidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade (artigo 1:911 *caput*); 2º) embora seja ela proibida, como dissemos, no artigo 1.848, ressalva esse artigo a hipótese de haver justa causa declarada no testamento; 3º) nesta última hipótese, desde que haja clara justificação, prevalece a cláusula, com os efeitos do item 1º supra; 4º) nesse caso, pode haver sub-rogação conforme o disposto no § 2º do artigo 1.848 e parágrafo único do artigo 1.911.

Sobre a sub-rogação, no direito anterior, ver, p. ex.: Ferreira Alves, *in Manual de Paulo Lacerda*, vol. XIX, p. 194; Tito Fonseca, *Sucessão Testamentária*, p. 208; Eduardo Espínola, *Questões jurídicas*, p. 184; Alcides Mendonça Lima, subrogação de bens proibida pelo testador, in *Revista. Forense*, vol. 91, p. 63 e seg.

No direito anterior, embora a legítima fosse considerada como pertencente ao herdeiro necessário, permitia-se que o testador, sem qualquer justificativa, impusesse restrições que podiam, inclusive, impedir o poder de dispor, inerente à propriedade. Desse modo, permitiam-se cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, conversão em outros bens e administração.

Atualmente, porém, o artigo 1.848, com referência à legítima, diz que não pode o testador

estabelecer as cláusulas que menciona, salvo se houver justa causa, expressamente declarada no testamento. Se não houver a declaração expressa de justa causa no próprio testamento, prevalece a proibição. Não mais prepondera a vontade do testador, como se fosse o dono do mundo, mas justa causa expressamente demonstrada no testamento, para dar eficácia à disposição de última vontade, relativa à cláusula restritiva da legítima, que pertence de pleno direito ao herdeiro necessário. Não basta que o testador declare que há justa causa. É preciso que ele demonstre, com argumentos razoáveis, a ocorrência de causa justa para tolher o herdeiro, no exercício do direito de usar, gozar e dispor dos bens que lhe foram transferidos por sucessão hereditária.

#### **5. O herdeiro necessário, além da legítima, pode receber o que o testador lhe doar de sua parte disponível.**

Pelo fato de ser reservado ao herdeiro necessário a metade da herança, que constitui a sua legítima (artigo 1.846), não impede que o testador o beneficie com bens da sua parte disponível, da qual pode ele dispor como lhe convier. Por esse motivo, o artigo 1.849 enfatizou que "o herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima". Se a legítima lhe pertence de pleno direito (artigo 1.846) e se da parte disponível pode o testador livremente dispor, é claro que se este atribuir àquele os bens de sua metade disponível, ainda que ele já tivesse direito à legítima, de ambas as partes, será beneficiário, sem qualquer óbice.

#### **6. Do afastamento dos colaterais.**

Embora sejam os colaterais herdeiros legítimos (artigo 1.829, I), não são herdeiros necessários, que compreendem apenas os descendentes, ascendentes e o cônjuge, conforme determina, expressamente, o artigo 1.845. Desse modo, ainda que haja herdeiros colaterais (irmão, sobrinho), pode o testador afastá-los da sucessão com a simples disposição de todos os seus bens, sem contemplá-los (artigo 1.850).

Como já dissemos antes, se tiver o testador herdeiros necessários, descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente, não pode dispor senão da metade de seu patrimônio (artigo 1.789), visto que a outra metade pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários (artigo 1.846). Logo, se não tiver descendentes (filhos, netos, bisnetos), nem ascendentes (pai, avós), ou cônjuge sobrevivente, pode dispor, livremente, de seus bens, sem qualquer óbice, e, se o fizer, sem beneficiar os colaterais, tem-se estes como excluídos da sucessão (artigo 1.850).

**in Informativo, ADV-COAD, Boletim Semanal 02/2004**