

## Da sucessão legítima no ccb/2002

SALOMÃO DE ARAUJO CATEB

Embora o tema sob minha responsabilidade seja " Da Sucessão Legítima", gostaria, antes, de discutir o "mérito", formular algumas "preliminares", essenciais ao entendimento da matéria.

1 - Dispõe o art. 2.041 do CC/2002 que "as disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1829 a 1844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior.

Significa, portanto, que teremos de conviver com os dois Códigos por algum tempo, em se tratando de sucessão mortis causa. A todos os óbitos ocorridos até 10 de janeiro de 2003, aplicar-se-á o Código de 1.916, quanto ao chamamento e distribuição da herança a ser inventariada. Todos os processos de inventário e arrolamento que estão e forem ajuizados até a data de início de vigência do novo Código, continuarão a reger-se pelo Código atual, conjuntamente com o que estiver estabelecido no CPC.

2 - Ao tratar de aceitação e renúncia de herança. o art. 1.804 estabelece que a aceitação da herança torna definitiva a sua transmissão aos herdeiros, concluindo o art. 1.812 que, uma vez feita a aceitação, o ato é irrevogável, semelhante àquilo que ocorria com a renúncia. Pelo Código atual (1.916), somente a renúncia é irrevogável, ocorrendo, portanto, modificação no instituto, salvo quando o ato é praticado, revelando vício de consentimento ou de manifestação errônea da vontade. O Código de 1.916 revela que a renúncia deve ser manifestada por escritura pública ou termo judicial; o novo Código troca escritura pública por instrumento público e mantém termo judicial.

À primeira vista há uma contradição: a legislação brasileira adotou a teoria da "saisine", isto é, transmite-se a herança, independentemente da manifestação do herdeiro. Não há, portanto, na lei brasileira, a delação. No entanto, na matéria sob comento, aceita a herança seria ela irreversível, contrariando o disposto no art. 1.792, que declara não ser o herdeiro responsável por encargos superiores às forças da herança. É um problema a ser apreciado pelos Tribunais.

Na prática, hoje, é comum a renúncia ser expressa por documento particular, com firma reconhecida e uma petição do advogado ao juiz do feito. Diante desse quadro, o juiz deve mandar lavrar o termo de renúncia, que poderá ser assinado pelo advogado, desde que tenha poderes especiais na procuração. O resultado será a renúncia por termo judicial.

O CCB/2002 é taxativo, declarando que "a renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial" (art. 1.806)

3 - Na exclusão por indignidade, o novo Código é bem mais elástico, amplo, excluindo os herdeiros ou legatários que praticarem atos ilícitos, civis ou criminais, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Igualmente, o agente será excluído se participar do ato como autor, co-autor ou partícipe de homicídio doloso ou tentativa deste, bem como praticar ato contra a honra do autor da herança ou de seu cônjuge ou companheiro e, finalmente, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de fazer testamento. De forma idêntica, deverá existir uma ação ordinária, instruída com amplo e constitucional direito de defesa, para culminar com a sentença que declara o herdeiro excluído do processo sucessório.

3.1 - Merece destaque o art. 1.818 do Novo Código, permitindo a reabilitação ou perdão do herdeiro "excluído", devendo o titular do patrimônio perdoar, expressamente, em testamento ou em outro ato autêntico.

No parágrafo único - " não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária". Essa norma pôs um ponto final à controvérsia alimentada pelos doutrinadores.

4 - Os arts. 1.824 a 1.828 são novidades: tratam da petição de herança, matéria que era do CPC e foi transportada para o Código Civil. Assim o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de auferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora. No entanto, " são eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé (p. único do art. 1827), antes de citado para a ação de petição de herança.

Sobre o assunto já trataram os profs. Caio Mário e Orlando Gomes, entre outros.

5 - Bem, tratemos agora do "mérito" do tema, ou seja, da sucessão legítima. Alguns tópicos, como será visto, nos chamam a atenção, pela forma instigante que se dispõem, pelas novidades, pela ambigüidade, pela complexidade. Passemos a discutir algumas dessas questões...

Sucessão legítima decorre em virtude da lei, que regula a transmissão da herança deixada pelo de cujus para seus herdeiros. Essa transmissão se faz de acordo com a ordem da vocação hereditária, ou seja, uma escala que atribui a determinada classe a preferência quase absoluta, excluindo as classes seguintes.

A origem dessa ordem remonta ao direito romano, no período da realeza, portanto, a primeira fase da evolução da sociedade romana. Surgiu, como forma de legalização primitiva, ainda na Lei das XII Tábuas, depois com lei Falcídia, mas somente com Justiniano, nas Novelas 118, do ano 543, e na 127, do ano 548, fixou-se de forma definitiva, trazendo para nós um espelho, um modelo, aprimorado de acordo com a condição social de cada país.

A ordem da vocação hereditária, introduzida pelo artigo 1.829, modificou, substancialmente, a distribuição da herança. Houve, portanto, profunda modificação às normas dos artigos 1.603 e segs. do Código Beviláqua, aproximando-se a nova ordem jurídica às existentes em diversos outros países. Assemelha-se o novo diploma aos códigos italiano, português, espanhol, argentino, chileno, entre outros.

O cônjuge passou a ser herdeiro necessário, cerceando um pouco mais a liberdade de testar do consorte. O art. 1.789, que estabelece poder ao testador de dispor da metade da herança, quando há herdeiros necessários, não visa, tão somente, os descendentes ou ascendentes - o que ocorre até a presente data - mas abrange o cônjuge, que passou a herdeiro necessário.

Como herdeiro necessário o cônjuge pode ser excluído por deserdação.

O cônjuge concorre com os descendentes e com os ascendentes.

Para que o cônjuge supérstite concorra, impõe, a lei, condições, contidas no art. 1830, *ipsis litteris*: "somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente que, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente (o que é óbvio), nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente". Assim, a separação de fato pode resultar em exclusão do cônjuge sobrevivente, caso a separação tenha ocorrido por sua culpa.

- "É difícil, senão impossível, aferir culpa pelo desfazimento da união conjugal, pois, quando fenece o amor, torna-se dramático analisar o espólio da relação havida. Em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio, também, às próprias dificuldades pessoais de cada um. Afasta-se o exame da culpa se dela não se extrai qualquer conseqüência jurídica imediata".

O legislador se volta para uma discussão antiga, que aponta quem deu causa à separação. O moderno Direito de Família busca outro porto, ou seja, a supremacia do afeto, mais importante até, que o elemento biológico e o patrimônio. O processo de inventário não pode servir de palco de discussões, para apurar-se culpa de quem deu causa à separação, envolvendo, inclusive, o de cujus que não mais está entre nós.

Por outro lado, dependendo do regime de bens, adotado no casamento, poderá ou não o cônjuge concorrer.

Se o regime adotado for o da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial, sem bens particulares, não haverá a concorrência;

Se, ao contrário, no casamento tiverem adotado o regime da comunhão parcial e o falecido tinha bens particulares, ou na separação total voluntária ou convencional, ou, ainda, no regime de participação final nos aqüestos, haverá a concorrência, chamando-se o cônjuge para receber uma parcela com os descendentes.

Que são bens particulares? Na data da celebração das núpcias é fácil indicá-los. No entanto, passados muitos anos e não sendo os bens imóveis, como poderão ser estes bens identificados?

Vale lembrar que a herança será calculada sobre todos os bens que compõem o acervo hereditário e não somente os bens particulares, como lembra Maria Helena Diniz.

5.1 - Com os descendentes temos três hipóteses:

se o falecido deixou até três filhos, a partilha se faz por cabeça, dividindo-se a herança em partes iguais, entre os filhos e o cônjuge;

se o falecido deixou quatro filhos ou mais, filhos do cônjuge sobrevivente, este terá

assegurado um quarto da herança e os restantes três quartos serão divididos entre todos os demais filhos;

se, ao contrário, o falecido deixou filhos do primeiro casamento e o cônjuge sobrevivente não gerou filhos com o autor da herança, o supérstite receberá parcela igual à de qualquer herdeiro-descendente.

se o falecido deixou filhos de dois casamentos e o cônjuge sobrevivente é ascendente de parte dos herdeiros, caberá ao Judiciário dividir essa herança, porque tal hipótese não foi resolvida pelo Novo Código Civil. Deverá o juiz aplicar as normas do art. 1.832, isto é, calcular o monte destinado às legítimas, dividir esse monte pelo número de filhos, acrescer o cônjuge e fazer um segundo cálculo, separando um tanto para os filhos dos quais é o cônjuge ascendente e outro tanto para os demais filhos. À primeira vista o cálculo é complexo, mas, na prática, em sala de aula, demonstrei a simplicidade das operações.

5.2 - Quando o cônjuge supérstite concorre com os ascendentes, pouco importa o regime de bens do casamento, porque o cônjuge receberá sempre, desde que não ocorra a hipótese do art. 1.830 do CCB. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança, isto é, havendo pai e mãe, a divisão será por cabeça, um terço para cada um; igual procedimento haverá se houver um só ascendente, quando a herança será dividida meio a meio; se os ascendentes forem de outro grau (avós, por exemplo), caberá ao cônjuge metade da herança e a outra metade tocará aos ascendentes.

5.3 - Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, desde que, evidentemente, não acolha as hipóteses do art. 1.830.

5.4 - Ao cônjuge sobrevivente será assegurado o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único desta natureza a inventariar, qualquer que seja o regime de bens do casamento, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança. Deixa de existir o usufruto viual, previsto no parágrafo primeiro do art. 1.611, do Código de Beviláqua.

6 - E a companheira (ou companheiro)?

Novas regras foram introduzidas ao Código de 2.002. Primeiramente, cabe destacar que o legislador regulou os direitos dos companheiros em local impróprio, ou seja, no início do livro das sucessões, mas disposições gerais, e não na ordem de vocação hereditária. O companheiro ocupa uma posição semelhante à do cônjuge sobrevivente.

É bom lembrar que o Novo Código faz distinção entre companheiro e concubino (arts. 1.723 e 1.727), declarando que não se constituirá união estável se ocorrerem os impedimentos para o casamento, e as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Temos: bens havidos na vigência da união, aquisição onerosa, unicamente. Essa é uma consequência do art. 1.725, segundo o qual institui-se regime de bens semelhante ao regime legal, isto é, de comunhão parcial. Assim, a companheira (o companheiro) participa da meação, relativamente aos bens adquiridos na constância da união estável. É justo, portanto, que a companheira participe da meação dos bens, cujo patrimônio ajudou a construir.

O direito da companheira ou do companheiro, quanto a herança, será:

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

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

se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Como já foi dito, este artigo não constava do projeto primitivo. Foi acrescentado por emenda do senador Nelson Carneiro, a emenda n.º 358, quando ainda do projeto de Código Civil. Após a aprovação da Câmara dos Deputados, em 1.984, esse foi enviado para o Senado.

Segundo alguns doutrinadores, (o que se pode verificar com a simples leitura dos textos), o art. 1.790 do Código Civil é um retrocesso na sucessão entre companheiros. Comparando-se com a legislação em vigor- Leis 8.971/94 e 9.278/96, constata-se a inferioridade que foi imposta à companheira (ou companheiro), sem justificativa plausível, quer de ordem moral, social ou jurídica, para uma mudança de atitude tão radical do legislador.

É importante dizer que as Leis 8.971/94 e 9.278/96 não outorgaram tão largos direitos aos companheiros. O que, realmente, houve, foi precipitada interpretação dirigida de alguns

doutrinadores interessados, conduzindo a opinião pública para incorreta seara.

Lembra Zeno Veloso que "as famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais".

O companheiro e a companheira ficam numa situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança destinada ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição, considerada injustificável por alguns doutrinadores.

Autores há que querem uma pacificação (uma real e efetiva paridade jurídica) entre união estável e casamento, matéria que foi amplamente debatida no último Congresso de Família, promovido pelo IBDFAM.

Segundo Gisela Maria Fernandes Novais Hironaka "o retrocesso e a injustiça perpetrada contra os que escolhem viver em uniões estáveis é flagrante. Como sempre pensei, desde a Constituição de 1.988, toda aquela construção de igualdade das famílias, tendo em vista as distintas modalidades de sua composição, enquanto entidade, não passava de mera balela. A união estável foi e continua sendo considerada "apenas um casamento de segunda categoria", infelizmente".

Realmente, a companheira, pelo inciso II do art. 2º, da Lei 8.971/94, herda a totalidade, na falta de descendentes e ascendentes. Pelas novas regras, enquanto existir um herdeiro colateral de 4º grau, a companheira receberá, tão somente, um terço da herança.

A companheira (ou companheiro) perdeu o direito real de habitação, anteriormente previsto na Lei 9.278/96. Alguns doutrinadores entendem que o art. 7º, § único, da Lei 9.278/96 não foi revogado pelo Novo Código. É bastante discutível se essa disposição do referido diploma legal estaria vigorando.

7 - Algumas outras modificações merecem ser anotadas:

O art. 1.798 legitima a suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Têm legitimidade, também, os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador; terão direito, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, as pessoas jurídicas constituídas ou cuja organização foi determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Em se tratando de filhos de pessoas vivas (prole eventual), os bens da herança ficarão a cargo de um curador, nomeado pelo juiz, em primeiro lugar, pelos pais e, em sua falta, as pessoas indicadas no art. 1.775.

Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos. Se, no entanto, decorridos 2 (dois) anos após a abertura de sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em contrário do testador.

8 - O artigo 1.843 do Novo Código, torna explícita uma regra já existente: na falta de irmãos, herdarão os filhos destes, e não os havendo, os tios. Embora ambos estejam no 3º grau, a lei sempre deu guarita aos descendentes.

9 - A legítima é calculada (art.1.847) pelo valor de bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação.

10 - Clausular a legítima tornou-se mais difícil. A regra, introduzida pela Lei Feliciano Pena, em 1.907, um marco avançado à época, mereceu reparos, face aos exageros, evolução social, conquistas de direitos por parte da mulher, sua igualdade absoluta. Agora, para tornar uma legítima inalienável, impenhorável e incomunicável, necessário que o autor da herança declare, em testamento, a justa causa.

A generalidade tomada pelo legislador prejudica, em parte, o bom relacionamento familiar. Entendemos que a incomunicabilidade não deveria estar inserida no art. 1.848, mas, tão somente, a inalienabilidade e a impenhorabilidade.

O Novo Código não mais permite ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa e, o que é mais importante, permite que os bens gravados, mediante autorização judicial e, havendo justa causa, podem ser alienados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros (vide art. 1.723 e 1.677 do Código atual).

11 - Embora o tema seja sucessão legítima, considero da maior importância o estudo das novas normas sobre o testamento.

Sempre defendi o uso do testamento, por ser a mais autêntica manifestação de vontade do

titular do patrimônio, ou, talvez, o que há de mais impositivo e livre no direito de propriedade. O Novo Código Civil determina que os testamentos público e cerrado precisarão de somente 2 (duas) testemunhas, enquanto impõe a presença de 3 (três) testemunhas para o testamento particular.

O testamento público deixa de ser tão solene, para assumir uma posição mais atual. Assim, as testemunhas testamentárias não precisarão permanecer na sala do início ao fim do ato, mas, tão somente, depois de lavrado o instrumento pelo tabelião ou por seu substituto legal, as testemunhas serão introduzidas no recinto para ouvir a leitura, em voz alta, que será proferida pelo tabelião ao testador, ou, pelo próprio testador, se for do seu interesse.

Ora, ao fazer o testamento público, o testador pode servir-se de minuta, notas ou apontamentos, o que quer dizer, poderá o testador encaminhar essa minuta ao tabelião, o qual lançará no livro de notas o testamento, procedendo à leitura regimental, em seguida, na presença de duas testemunhas. O testamento pode ser escrito manual ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livros ou notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

O Novo Código, seguindo a melhor jurisprudência ditada pelos Tribunais, quer que o testamento prevaleça, como legítima manifestação do testador. Se o autor da herança já faleceu, deve sua vontade ser cumprida, mesmo com redução das disposições testamentárias, a despeito da contrariedade dos eternos inimigos do testamento, que são os herdeiros necessários. Se o testamento diminui as parcelas dos herdeiros necessários (respeitando as legítimas), é claro que esses herdeiros prejudicados (?) levantam-se contra a manifestação da vontade do testador.

O art. 1.859 fixa prazo de 5(cinco) anos, contados da data do seu registro, para que qualquer herdeiro possa impugnar a validade do testamento. A fixação desse prazo não encontra similar no Código de Beviláqua.

A propósito, aberta a sucessão, o testamento deverá ser apresentado em juízo, mandando o magistrado citar todos os herdeiros legítimos. Far-se-á, assim, a abertura, publicação e registro do testamento, iniciando-se o prazo para impugnação da manifestação de última vontade do autor da herança. A apresentação do testamento continua a ser regida pelos arts. 1.125 e segs. do CPC.

Finalmente, resta lembrar que o CCB/2002, considerando indivisível a herança, até a partilha, estabelece que administração da herança far-se-á de acordo com as normas relativas ao condomínio (§ único, art. 1.791), podendo o herdeiro ceder total ou parcialmente o seu direito mediante escritura pública. O co-herdeiro não poderá ceder sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto, devendo, no entanto, previamente, o herdeiro obter a autorização judicial para a cessão do direito.

O co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositando o valor, haver para si a quota cedida a estranho, desde que a requeira em juízo até 180 (cento e oitenta) dias, contados da transmissão. Sendo vários os co-herdeiros, todos terão, igualmente, o direito, proporcionalmente.

O direito sucessório marca, assim, o horizonte complexo em que se inserem as relações jurídico-possessórias, indicando que estamos a presenciar um processo de mudanças, muitas delas ainda não totalmente assimiladas pelo legislador. Caminhando paripassu ao direito de Família, novas alterações deverão surgir e uma nova feição jurídico-social formará o direito civil dos tempos atuais.

O dep. Ricardo Fiúza já apresentou ao Congresso dois (2) projetos de leis, alterando perto de 230 artigos do CCB/2.002. Tem-se notícias de vários outros projetos que foram encaminhados à Câmara dos Deputados.

“O direito existe para se realizar. A realização é vida, é a verdade do direito, é o próprio direito. O que realmente não sucede, o que só tem existência nas leis e no papel, é unicamente um espectro do direito, meras palavras e mais nada”. (Rudolf Von Ihering, o Espírito do direito Romano, Ed. Alba, Rio de Janeiro, 1943, p.16 ).

O juiz não pode ser um simples aplicador da lei, mas a balança que equilibra a lei e o direito, distribuindo a Justiça.

O aplicador da lei é, e será eternamente, estudante de Direito, potencialmente, cientista, artista, e deverá estar sempre pronto para os embates das lides processuais. O inventário, a despeito de ser considerado pelo CPC processo contencioso, não deve se alongar. A própria lei determina que deve ser concluído no prazo de seis (6) meses.

O Juiz, condutor do processo, para distribuir Justiça, não pode deixar-se ofuscar com tantos

requerimentos de advogados, e mesmo do Ministério Público, retardando a partilha, entregando ao herdeiro o instrumento para o exercício do seu direito, outorgado pela Lei e pelo falecido no exato momento de sua morte.

Agradeço à direção da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes pelo honroso convite e, especialmente, aos Srs. Juízes que, pacientemente, ouviram essas observações elaboradas por mim, eternamente estudante do Direito. Muito obrigado.