

## Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório

ZENO VELOSO

O Direito das Sucessões é um corolário do direito de propriedade privada, e a sua ligação com o Direito de Família é íntima, estreitíssima. O objetivo principal do regime sucessório é o da proteção da família. Isto, pelo menos, em nosso sistema, que segue o romano-germânico.

No Brasil, desde o Direito caduco, seguindo a tradição lusitana, elegeu-se um regime de conciliação, intermédio, buscando o consenso, um ponto de equilíbrio entre o princípio da liberdade de testar e o de proteção da família.

Diferentemente, nos regimes de influência anglo-saxônica, dá-se predominância ao princípio da liberdade de testar, em que impera um exacerbado individualismo, só limitado pelo eventual direito a alimentos sobre a herança daqueles familiares que viviam sob a dependência econômica do *de cuius*.

A sucessão *mortis causa*, de que nos estamos ocupando, pode ser legítima ou testamentária.

Sucessão legítima é a deferida (exclusivamente) por determinação da lei, atendendo, prioritariamente, como já aludimos, aos vínculos familiares e, na falta destes, como aponta Clóvis Beviláqua, ao vínculo político, quando o Estado é chamado a recolher a herança.

Pela Lei das XII Tábuas, a liberdade de testar era ilimitada. No Direito romano clássico, por força da *Lex Falcidia*, de 40 a.C., estabeleceu-se que o testador não podia dispor da quarta parte da herança (quarta falcidia). Era a legítima (*portio debita*), ou quota indisponível, destinada, obrigatoriamente, aos herdeiros. O Imperador Justiniano, com a *Novela XVIII*, aumentou a legítima para a terça ou a meação, conforme o número de herdeiros (até quatro filhos, ou cinco ou mais, respectivamente). Se o testador não obedecesse a esses limites, seus herdeiros poderiam atacar o testamento, perante o tribunal dos centúviro, através de uma ação denominada *querela inoffcciosi testamenti*.

É importante mencionar a reforma geral do direito sucessório romano, feita por Justiniano, através das *Novelas 108 e 127*, dos anos 543 e 548, respectivamente, até pela enorme influência que exerceu na formação do Direito moderno.

Segundo essas *Novelas*, a sucessão *ab intestato* deferia-se aos *heredes legitimi* segundo a ordem seguinte: **1.** descendentes; **2.** ascendentes e irmãos e irmãs germanos; **3.** irmãos unilaterais (consangüíneos e uterinos); **4.** outros colaterais, sem limitação de grau.

Os textos romanos não nos dão segurança e certeza quanto ao chamamento do cônjuge, inexistindo todos os parentes, acima elencados. O certo é que, nas *Novelas 103 e 107*, Justiniano estabeleceu disposições que beneficiavam a viúva necessitada e pobre, que teria direito de concorrer com os herdeiros de qualquer categoria, para obter a *quota uxória*, uma parte dos bens da herança, em usufruto.

Sendo nosso debatedor, aqui presente, o eminente Professor *Bianor Ferreira de Lima*, da Universidade de Goiás, especialista em Direito romano, pode confirmar a importância do regime sucessório romano e a sua importância para a formação de nosso Direito. E é oportuno lembrar, falando para tão culta platéia mineira, a figura do grande romanista paraense - um dos maiores do Continente -, o saudoso Professor *Silvio Meira*, o maior biógrafo de *Teixeira de Freitas* e de *Clóvis Beviláqua*.

Na *Consolidação das Leis Civis*, de *Teixeira de Freitas*, art. 959, transcrevendo o disposto nas Ordenações Filipinas e na Lei n. 1.507, de 26 de setembro de 1867, ficou estabelecido que a sucessão *ab intestato* deferia-se na ordem seguinte: **1.** aos descendentes; **2.** na falta dos descendentes, aos ascendentes; **3.** na falta de uns e outros, aos colaterais, até o 10º grau; **4.** na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente; **5.** ao Estado, em último lugar.

Nesse regime, atrás de um parente transversal do 10º grau, dificilmente chegaria a vez do cônjuge.

No Projeto primitivo, do Código Civil, *Clóvis Beviláqua* colocou o cônjuge sobrevivente em terceiro lugar, na ordem da vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes do *de cuius*.

A Lei Feliciano Penna (Lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907), inspirada no Projeto Beviláqua, definiu a sucessão legítima na ordem seguinte: **1.** descendentes; **2.** ascendentes; **3.** cônjuge sobrevivente; **4.** colaterais até o 6º grau; **5.** Estado.

No art. 1.603, o Código Civil Brasileiro dispõe que a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: **1.** aos descendentes; **2.** aos ascendentes; **3.** ao cônjuge sobrevivente; **4.** aos

colaterais; **5.** aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Na sua redação original, o art. 1.612 de nosso Código Civil dizia que os colaterais seriam chamados até o 6º grau. Esta limitação de grau, quanto à vocação dos colaterais, já sofreu diversas modificações no Direito brasileiro. O Decreto-Lei n. 1.907, de 26/12/39, fixou o chamamento dos colaterais até o 2º grau. O Decreto-Lei n. 8.207, de 22/11/45, estendeu o limite para o 3º grau. Por último, o Decreto-Lei n. 9.461, de 15/07/46, estabeleceu a regra vigente, que limita a sucessividade dos colaterais até o 4º grau.

Dentre os herdeiros legítimos, apontados no art. 1.603, temos *os facultativos*: cônjuge sobrevivente, colaterais, Municípios, Distrito Federal ou União, e os necessários: descendentes e ascendentes. Estes têm direito a uma quota-parte da herança, da qual não podem ser privados - salvo nos casos de indignidade ou deserção. Podemos concluir, com *Orlando Gomes*, que todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário. A quota-reservatária ou legítima dos herdeiros necessários, também chamados legitimários ou reservatários, é *a metade* dos bens do autor da herança, que se calcula sobre o total dos bens existentes no momento de seu falecimento (CC, arts. 1.721 e 1.722).

O art. 1.576 do Código Civil enuncia: "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança".

Com relação aos herdeiros legítimos, não-necessários, o art. 1.725 decide: "Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar". A disposição do testador, para que a regra incida, deve ser *de todo* o patrimônio.

Podendo ser afastada pela vontade do seu autor, a sucessão legítima, não-necessária, é, como dissemos, uma sucessão facultativa.

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo à família e suas normas imprimiram uma verdadeira revolução no Direito de Família brasileiro, embora, por falta de uma legislação infraconstitucional abrangente, muitos desses avanços ainda careçam de uma concretização. Em nosso livro, *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, prefaciado por este grande Mestre de Minas Gerais e do Brasil, *João Baptista Villela*, apontamos que no Brasil, passados já tantos anos da entrada em vigor da Constituição Federal, a legislação subconstitucional ainda não foi alterada no nível e na extensão merecidos. O Direito de Família, particularmente, precisa de uma profunda adaptação, de uma sistematização, de uma atualização, com visão de conjunto.

Mas, felizmente, diversos preceitos da Carta Magna são auto-aplicáveis. Muitas regras civis, que ainda permanecem escritas, exigem, no mínimo, uma releitura, ou uma leitura compatível com os ditames do Texto Fundamental. Ou não vigoram mais, por antagonizarem a Carta Magna, deixando de ser recepcionadas, atingidas pelo que se chama "inconstitucionalidade superveniente", no Direito português, ou ainda vigem, mas arrimadas num outro (e novo) fundamento de validade, que lhes imprime diverso sentido e conteúdo.

Para efeito de nosso tema, destaquemos dois comandos constitucionais: o § 3º do art. 226, que diz: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". E o § 6º do art. 227, que edita: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação . Esta última é uma disposição redentora", no expressivo dizer de nosso Mestre *Silvio Rodrigues*.

Sobre a união estável, já foram editadas duas leis: a de n. 8.971, de 1994 e a de n. 9.278, de 1996, ambas regulando a matéria, numa verdadeira "inflação legislativa". E tramita no Congresso um projeto de lei com vistas a reger o assunto; portanto, está em gestação uma terceira lei a respeito.

Fato é que a Lei n. 8.971/94 estabeleceu o direito sucessório entre companheiros, copiando a disciplina já existente quanto aos cônjuges, na forma seguinte: **1.** o companheiro sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns (cf. art. 1.611, § 1º, do CC); **2.** o companheiro sobrevivente terá direito, nas mesmas condições, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes ao falecido (cf. art. 1.611, § 1º, *in fine*); **3.** na falta de descendentes e de ascendentes, ou seja, não havendo herdeiros necessários, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, afastando, neste caso, da sucessão, os colaterais (irmãos, sobrinhos, tios, primos do falecido), regra simétrica ao art. 1.611, *caput*, do Código Civil.

Na ordem da vocação hereditária, mencionada no art. 1.603 do Código Civil, introduziu-se um

novo personagem: o companheiro.

Começando a falar dos novos rumos, ou da necessidade de mudanças em nosso Direito Sucessório, como conseqüência das grandes transformações por que tem passado a família brasileira, tratemos da situação do cônjuge.

Pelo Direito Civil vigente em nosso País, o cônjuge sobrevivente ocupa o 3º lugar na ordem da vocação hereditária, abaixo dos descendentes e dos ascendentes, estes, sem limitação de grau.

O Estatuto da Mulher Casada - Lei n. 4.121, de 1962 - melhorou a situação do cônjuge que não foi casado sob o regime da comunhão universal de bens, conferindo-lhe o direito de usufruto sobre a quarta parte ou sobre a metade dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, no primeiro caso, ou se existirem ascendentes do *de cujus*, no segundo. Conforme a doutrina dominante, nessas hipóteses de concurso com descendentes ou ascendentes do que o precedeu na tumba, o sobrevivente exercerá o usufruto de uma quota de bens, a título de legado *ex lege* (CC, art. 1.611, § 1º).

Registre-se que não se trata de um benefício estatuído para a *viúva*, tendo direito a este usufruto qualquer dos cônjuges. A circunstância de a inovação ter vindo no bojo do Estatuto da Mulher casada explica-se, dentre outras razões, pelo fato de, estatisticamente, haver mais viúvas que viúvos.

No livro *Direito de Família Contemporâneo*, obra coletiva, que recebeu a excelente coordenação do Professor *Rodrigo da Cunha Pereira*, escrevemos, justamente, sobre Regimes *Matrimoniais* de Bens.

Numa interpretação teleológica, construtiva - ou alternativa, se preferirem - do § 1º do art. 1.611, nossos tribunais, especialmente o colendo STJ, têm admitido temperamentos e restrições ao preceito.

Decidiu-se, por exemplo, que o usufruto vidual não cabe, se houve comunhão de aqüestos no casamento, ou se o cônjuge sobrevivente foi contemplado no testamento do *de cujus* com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto. Apesar de o § 1º do art. 1.611 afirmar que o direito de usufruto será exercido pelo cônjuge, "se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal", o STJ entende que tal benefício sucessório "é privativo do cônjuge casado sob o regime da separação de bens", sufragando-se a doutrina exposta por *Orlando Gomes*.

Em vários escritos que temos produzido sobre a união estável - um livro, inclusive -, temos chamado a atenção de que nenhuma dessas ressalvas e restrições, quanto ao cônjuge, para que este seja titular do direito ao usufruto, foram impostas pela Lei n. 8.971/94, ao companheiro sobrevivo: ele terá direito à metade dos bens deixados pelo autor da herança, desde que tenha colaborado para a aquisição dos mesmos (Lei n. 8.971/94, art. 3º), sem que isto implique a perda do usufruto *ex lege* (lei citada, art. 2º, I e II).

Temos de concluir, então, que, neste aspecto, os companheiros estão em posição privilegiada com relação aos cônjuges. É muito mais vantajoso, por exemplo, ser companheira sobrevivente do que viúva. Embora dando *status* e dignidade merecidos à união estável entre o homem e a mulher, a Carta Magna sinalizou, claramente, a sua preferência pelo modelo de família formalmente constituída, pelas sociedades matrimoniais, tanto que determinou que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Se o legislador ordinário, ao regulamentar os comandos constitucionais, confere aos companheiros direitos mais extensos e irrestringidos do que os que concede aos cônjuges, deixa de atender, na letra e no espírito, as normas constitucionais, e os próprios princípios fundamentais da *Lex Magna*; e o nome que se dá a isto é *inconstitucionalidade*.

O Estatuto da Mulher Casada, inserindo o § 2º no art. 1.611, do Código Civil estabeleceu, ainda, que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, tem assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Novo cotejo devemos fazer entre as regras destinadas aos que vivem em união estável, diante dos preceitos atinentes aos cônjuges. No parágrafo único do art. 7º, da Lei n. 9.278, de 1996, decidiu-se que, no caso de dissolução da união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente à residência da família. O legislador de 1996 quis estender, e estendeu ao convivente sobrevivente o direito real de habitação já conferido em nosso Direito ao cônjuge supérstite. O viúvo ou a viúva, porém, só terá este direito, se o regime de bens do

casamento foi o da comunhão universal. Na união estável, a situação patrimonial se assemelha ao regime da comunhão parcial, e nem por isto o usufruto do companheiro sobrevivente foi excluído. Ainda mais: na união estável dissolvida por morte de um dos conviventes, o usufruto incidirá sobre o imóvel em que residia a família, e não há a ressalva ou restrição - como existe quando se trata de casamento dissolvido por morte - de que o dito imóvel seja o único bem desta natureza a inventariar. Novamente, foram conferidos direitos mais amplos aos conviventes do que às pessoas casadas.

A jurisprudência brasileira deve promover a equiparação das situações. A banalização do casamento não é comportamento admissível na sociedade, nem teve este intuito o nosso legislador constituinte. Uma interpretação sistemática e teleológica deve decotar os excessos e corrigir os disparates.

Sobre o direito sucessório do cônjuge, é oportuna uma abordagem do direito comparado.

O Código Civil português, com a Reforma de 1976, inclui o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, com os descendentes e ascendentes. Nos termos do art. 2.133 do Código lusitano, a ordem por que são chamados os herdeiros é a seguinte:

- a) cônjuge e descendentes;
- b) cônjuge e ascendentes;
- c) irmãos e seus descendentes;
- d) outros colaterais até o 4º grau;
- e) Estado.

Como se vê, o cônjuge concorre, na qualidade de herdeiro real, com os descendentes e com os ascendentes. Na falta desses parentes em linha reta, o cônjuge é chamado para recolher a totalidade da herança (art. 2.144). Tem razão *Oliveira Ascensão*, catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, quando afirma que há, aqui, a criação de uma terceira classe sucessória, constituída pelo cônjuge, somente.

Em Portugal, a partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros. Mas a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança (art. 2.139).

Se o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge sobrevivo pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança (art. 2.142). É, como se vê, uma regra de partilha irregular.

Na falta de cônjuge, descendentes e ascendentes, são chamados à sucessão os irmãos e, representativamente, os descendentes destes (art. 2.145).

Em seguida, não havendo herdeiros das classes anteriores, são chamados os restantes colaterais, até o 4º grau, preferindo sempre os mais próximos (art. 2.147).

Finalmente, na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis, é chamado à herança o Estado, que fica equiparado aos outros herdeiros, salvo certas especialidades, como diz *Galvão Telles* (não pode, por exemplo, renunciar à herança).

A marca mais notável da Reforma do Direito Sucessório português, sem contar a eliminação de qualquer discriminação no tratamento jurídico sucessório dos filhos nascidos fora do casamento, como aponta o Professor *Pamplona Corte-Real*, é a posição do cônjuge como sucessível legitimário, ou herdeiro necessário.

Além do acima exposto, na forma do art. 2.103 do Código Civil português, confere-se ao cônjuge sobrevivente o direito de habitação da casa de morada da família e o direito de uso do respectivo recheio, "devendo tornar aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver". Esta disposição não amplia o quinhão do cônjuge. O objetivo do preceito é de assegurar ao viúvo a fruição de bens essenciais à manutenção de sua qualidade de vida, dos seus hábitos.

É importante registrar que, em Portugal, o cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado de pessoa e bens, por sentença que já tenha transitado em julgado ou - atenção: - venha a transitar *em julgado*, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data (art. 2.133, 3). Na forma do art. 1.785, 3, o direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a ação pode ser *continuada* pelos herdeiros do autor, para efeitos patrimoniais.

Na Itália, a Reforma de 1975 deu, também, tratamento privilegiado ao cônjuge sobrevivente. Quando ele concorre com filhos, tem direito à metade da herança, se houver um só filho, e a uma terça parte, nos outros casos (*Codice Civile*, art. 581). Ao cônjuge são devidos dois terços da herança se concorrer com ascendentes ou com irmãos do *de cuius*.

Na Suíça, por sua vez, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, tendo, neste

caso, direito à metade da herança. Em concurso com o pai, a mãe, os seus descendentes, tem direito a três quartos do espólio. Na falta desses parentes, recolhe a herança, por inteiro (CC, art. 462).

O Código Napoleão, seguindo o sistema da Lei de Nivoso, chamava o cônjuge à sucessão somente na falta de colaterais. E os colaterais eram chamados até o 12º grau, o que tornava ilusório o chamamento do cônjuge, como atestam os irmãos *Mazeaud*. O sistema francês era semelhante ao que vigorou, entre nós, até o advento da Lei Feliciano Penna. A pouco e pouco, a situação foi se modificando. Inicialmente, com as leis de 1891 e de 1925, que concederam ao cônjuge um direito em usufruto. Em seguida, as leis de 1930 e, sobretudo, de 1957, conferiram um direito sucessório, em propriedade, ao cônjuge supérstite. Atualmente, quanto aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, o *Code Civil*, arts. 765, 766 e 767, vigora com a redação determinada pela Lei n. 72-3, de 3 de janeiro de 1972.

Achamos oportuno fazer uma amostragem mais extensa do Direito Sucessório francês. Segundo o art. 731 do *Code Civil*, as sucessões são deferidas aos filhos e descendentes do defunto, a seus ascendentes, a seus parentes colaterais e a seu cônjuge sobrevivente.

Toda sucessão concernente aos ascendentes ou aos colaterais divide-se em duas partes iguais: uma para os parentes da linha paterna, outra para os da linha materna (art. 733).

Há uma particularidade a ser destacada: distingue-se, na França, ascendentes privilegiados (pai e mãe) e ordinários (os demais ascendentes), bem como colaterais privilegiados (irmãos, irmãs, e seus descendentes) e ordinários (outros colaterais, como tios, primos).

Na vocação hereditária, os parentes são distribuídos em quatro ordens: **1.** os descendentes; **2.** os ascendentes privilegiados e os colaterais privilegiados; **3.** os ascendentes ordinários (avós, bisavós, etc.); **4.** os colaterais ordinários.

Havendo cônjuge sobrevivente, este concorre, em usufruto ou propriedade, com os parentes sucessíveis, e tem prioridade sobre os colaterais ordinários, como veremos.

São chamados à sucessão, em primeiro lugar, com exclusão de todos os outros parentes, os filhos e seus descendentes (art. 745).

Não havendo descendentes, nem irmão, nem irmã, nem descendentes destes, a sucessão se divide pela metade entre os ascendentes da linha paterna e os ascendentes da linha materna. O ascendente que se encontra no grau mais próximo recolhe a metade que couber à sua linha, com exclusão de todos os outros. Os ascendentes do mesmo grau sucedem por cabeça (art. 746).

Se o *de cuius* não tem descendentes, sobrevivendo-lhe pai e mãe, e deixando, também, irmãos, irmãs, ou descendentes destes (ou seja, colaterais privilegiados), a sucessão se divide em duas partes iguais: a metade cabe ao pai e à mãe; a outra metade pertence aos irmãos, irmãs, ou descendentes destes (art. 748). No caso de ter sobrevivido apenas o pai, ou somente a mãe do falecido, cabe ao ascendente um quarto e aos irmãos, irmãs, ou seus representantes, três quartos da herança (art. 751, segunda parte). Sobrevivendo o pai ou a mãe, sendo o parente mais próximo da outra linha um colateral ordinário, a herança cabe, por inteiro, ao pai ou à mãe (art. 753). Neste caso, porém, havendo cônjuge sobrevivente, este fica com a metade, e o pai ou a mãe com a outra metade, conforme verificaremos, adiante.

Com a morte de uma pessoa, sem descendentes, tendo premorrido seu pai e mãe, mas deixando irmãos, irmãs, ou descendentes destes, tais colaterais privilegiados são chamados à sucessão, com exclusão dos ascendentes ordinários e dos outros colaterais (art. 750).

Se não houver descendentes, nem irmão, nem irmã, nem descendentes destes, a sucessão se divide pela metade entre os ascendentes da linha paterna e os ascendentes da linha materna. O ascendente que se encontra no grau mais próximo recolhe a metade que couber à sua linha, com exclusão de todos os outros. Os ascendentes do mesmo grau sucedem por cabeça (art. 746).

À falta de irmãos, irmãs, ou de descendentes destes, e à falta de ascendentes em uma linha, a sucessão é devolvida, na totalidade, aos ascendentes da outra linha; à falta de ascendente em uma e outra linha, a sucessão é devolvida, pela metade, aos parentes mais próximos de cada linha. Se concorrem parentes colaterais do mesmo grau, dividem por cabeça (art. 753).

Os parentes colaterais adiante do 6º grau não sucedem, à exceção, entretanto, dos descendentes dos irmãos e das irmãs. Todavia, os colaterais sucedem até o 12º grau quando o defunto não era capaz de testar e não estava judicialmente interdito. Na falta de parentes em grau sucessível em uma linha e de cônjuge sobrevivente, sucedem, na totalidade, os parentes da outra linha (art. 755).

Quando o morto não deixar parentes em grau sucessível, ou se ele só deixou colaterais que não sejam irmãos ou irmãs, ou descendentes destes, os bens da sucessão pertencem, em plena propriedade, ao cônjuge que lhe sobrevive (art. 765). Em outras palavras, se o *de cuius* não tiver descendentes, nem ascendentes, nem irmãos, ou descendentes destes, cabe ao cônjuge sobrevivo a totalidade da sucessão, excluindo, portanto, colaterais ordinários.

Pode ocorrer, porém, de o morto, numa das linhas (paterna ou materna) não deixar nenhum parente em grau sucessível, ou só deixar nesta linha colaterais ordinários. Neste caso, a metade da sucessão cabe ao cônjuge (art. 766). Aplica-se o sistema de estirpes, e o cônjuge ocupa o lugar vago por falta de herdeiros em uma das linhas. Por exemplo: se o falecido deixou, apenas, o pai, e, na linha materna não tiver qualquer ascendente, embora tenha, nesta linha materna, colaterais ordinários, a herança se divide pela metade: uma delas é do pai e a outra metade é do cônjuge sobrevivente.

Mas o cônjuge, quando não sucede na plena propriedade, é beneficiado com o direito de usufruto, que será:

1. de um quarto da herança, se o defunto deixar um ou mais filhos, sejam eles legítimos, oriundos ou não do casamento, sejam eles naturais;
2. da metade, se o *de cuius* deixar irmãos, irmãs, ou descendentes destes (art. 767, modificado pela Lei n. 72-3, de 3 de janeiro de 1972).

A legislação francesa, atenta à circunstância de que o direito de usufruto imobiliza, esvazia a propriedade, ensejando um relacionamento controvertido e tenso - na maioria dos casos - entre nu-proprietário e usufrutuário, permite que os herdeiros exijam, mediante garantias suficientes, que o usufruto do cônjuge sobrevivo seja convertido em renda vitalícia equivalente (art. 767, *in fine*).

Para que o cônjuge sobrevivente participe da sucessão é necessário, obviamente, que não tenha havido divórcio, nem tenha existido contra ele julgamento de separação de corpos, passado em julgado (que pressupõe a culpa). A mera separação de fato do casal não extingue o direito sucessório recíproco dos cônjuges.

A falta de herdeiros (parentes ou cônjuge sobrevivo), a sucessão é adquirida pelo Estado (art. 768).

Em França, herdeiros necessários são os parentes em linha reta; descendentes e ascendentes, sendo que a quota reservatória é variável, conforme seja o número e a qualidade dos herdeiros forçosos. A porção disponível não pode exceder à metade dos bens, quando o *de cuius* deixar somente um filho; não pode ser maior do que um terço, quando deixar dois filhos; nem pode ser superior a um quarto, quando deixar três ou mais filhos (art. 913). Na falta de filhos, a quota disponível não pode exceder à metade dos bens, se o defunto deixar um ou vários ascendentes, em cada uma das linhas, materna e paterna, e não pode ser superior a três quartos, se tem ascendentes em uma das linhas, apenas (art. 914). Não havendo descendentes, nem ascendentes, as liberalidades por atos entre vivos ou por testamento poderão esgotar a totalidade dos bens (art. 916).

Quem quiser ter certeza de como o nosso Código Civil é simples e lógico quando regula a sucessão legítima, basta compará-lo com o sistema francês, lendo o *Code Napoléon*, arts. 745-767.

Na Argentina, o cônjuge é herdeiro necessário, concorrendo com os filhos e ascendentes do falecido (CC, arts. 3.570 e 3.571). Cessa, porém, a vocação hereditária dos cônjuges, entre si, se estiverem separados de fato, ou provisoriamente separados, por sentença judicial. Se a separação for imputável à culpa de um dos cônjuges, o inocente conservará a vocação hereditária (art. 3.575).

Esta incursão no direito de outros povos civilizados é significativa o bastante para nos dizer que há uma tendência inescandível, nas modernas legislações, para privilegiar, ou, ao menos, melhorar a posição do cônjuge na sucessão legítima. Tudo com base no presumido afeto do falecido por seu cônjuge, e pelo relevante papel que este desempenha na sociedade conjugal.

Como dizem *Ripert* e *Boulanger*, a sucessão é uma instituição de ordem familiar, fundada nas afeições presuntivas do *de cuius*, e o cônjuge sobrevivente não pode ser, apenas, herdeiro, mas herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e com os ascendentes.

É nossa opinião que se deve elevar o cônjuge, no Direito brasileiro, à posição de *herdeiro necessário*, como já ocorre na Suíça, Alemanha, Itália, Portugal, Argentina, Peru, Paraguai, por exemplo. Em Cuba, a situação é singular: o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário, como os filhos e seus descendentes, e os ascendentes do *de cuius*. Neste país, a liberdade de testar se limita à metade da herança, quando existirem herdeiros necessários, ali

chamados "herdeiros especialmente protegidos", especificando o art. 493, 1, do Código Civil cubano, que tais herdeiros são assim considerados *siempre que non estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante*.

Note-se que o que estamos propugnando, *de lege ferenda*, já havia sido proposto, há um século, pelo venerando Clóvis *Beviláqua*, em cujo Projeto primitivo o cônjuge ocupava a posição de herdeiro necessário e, até numa homenagem à memória do egrégio juriconsulto, relembremos o que dizia o art. 1.884 de seu Projeto de Código Civil, elaborado em 1899:

"O testador, que tiver descendente, ascendente ou cônjuge sucessível, não poderá dispor de mais de um terço de seus bens; os dois terços restantes pertencerão, de pleno direito, aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge, segundo o disposto no capítulo II, título segundo, deste livro."

No Anteprojeto de Código Civil, que apresentou em 1963, o saudoso *Orlando* Gomes colocou o cônjuge sobrevivente na classe dos herdeiros necessários, convocando-o à sucessão concorrentemente com os descendentes ou ascendentes do cônjuge falecido.

Conforme o Projeto de Código Civil, que sucedeu o Anteprojeto, revisto pelo próprio *Orlando Gomes* e pelos eminentes civilistas, naturais deste Estado que estamos tendo a honra de visitar, *Orosimbo Nonato* e *Caio Mário da Silva Pereira*, se o falecido não tiver sido casado sob o regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será chamado a recolher um quarto da herança:

1. se só houver deixado filhos de que o outro não seja também ascendente;
2. se forem chamados à sucessão os ascendentes.

No parágrafo único do art. 704 o aludido Projeto ressaltava: "Havendo concurso, a parte disponível será reduzida a um quarto". Fora deste caso, a metade disponível era a metade dos bens.

Assim, o direito hereditário do cônjuge sobrevivente, em concorrência com descendentes ou ascendentes do *de cuius*, dependia de ele não ter sido casado sob o regime da comunhão universal. Se tivesse sido este o regime matrimonial de bens, entendeu-se que, pela divisão do patrimônio comum, o cônjuge já tinha assegurada a meação, nada mais sendo cabível, a título sucessório. Todavia, se o regime de bens tivesse sido o da separação absoluta, ou, mesmo, o da comunhão de aqüestos, o cônjuge supérstite herdaria a totalidade dos bens, não havendo parentes em linha reta do falecido, se ao tempo da morte deste não estivessem "desquitados". O mesmo ocorreria se o regime tivesse sido o da comunhão universal, e o *de cuius* não tivesse descendentes, nem ascendentes: o cônjuge sobrevivente era meeiro e único herdeiro, não se devendo confundir estas situações.

Este Projeto de Código Civil, de 1965, acertadamente, não conferiu ao cônjuge sobrevivente, quando concorresse com descendentes ou ascendentes, o direito restrito, temporário e resolúvel de usufruto, nos termos em que ainda está no § 1º do art. 1.611, do Código vigente. Atribuiu ao cônjuge supérstite a *plena propriedade* de uma quarta parte da herança.

Na sistemática desse Projeto, se o casamento não fosse pelo regime da comunhão universal, e um cônjuge tem filho de que o outro cônjuge não é também ascendente (ou seja, filho havido antes do matrimônio, ou filho extramatrimonial), ou tem ascendente, a liberdade testamentária deste cônjuge sofreria limitação: reservada a metade da herança para os filhos ou para os ascendentes, conforme o caso, e um quarto para o cônjuge, só do quarto restante poderia dispor, testamentariamente.

No Projeto de Código Civil de 1975, elaborado por uma Comissão de Juristas, supervisionada pelo Professor *Miguel Reale*, foi mantida a diretriz estabelecida pelo Anteprojeto *Orlando Gomes* e pelo Projeto de 1965. No art. 1.872, o Projeto estabelece que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o *cônjuge*, explicando, no artigo seguinte, que pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade da herança, constituindo a legítima.

No art. 1.852, definindo a ordem da vocação hereditária, o aludido Projeto dispõe que a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

1. aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou na da separação obrigatória de bens, ou, ainda, se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
2. aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
3. ao cônjuge sobrevivente;
4. aos colaterais.

O cônjuge sobrevivente, como vimos, não só foi considerado herdeiro necessário, como concorre com os herdeiros das primeiras classes: descendentes e ascendentes, sendo que as ressalvas para que concorra com os descendentes não existem, se a concorrência é com os ascendentes.

Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Se concorrer com descendentes somente do cônjuge falecido, caberá ao cônjuge sobrevivente: **1.** uma terça parte da herança, se os descendentes forem ilegítimos; **2.** o usufruto da quarta parte da herança, nos demais casos. Estas regras constam nos arts. 1.855 e 1.856. Não se coadunam, na discriminação entre filhos "legítimos e ilegítimos", com os novos ditames constitucionais, e isto deverá ser corrigido, no Senado, onde o Projeto se encontra, atualmente, em mãos do Relator, Senador *Josaphat Marinho*, após uma longa e penosa tramitação, que já dura 22 anos. Uma eternidade!

Na forma do art. 1.864 do Projeto citado, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança, cabendo-lhe a metade desta, se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1.865); e somente é reconhecido direito sucessório ao mesmo, se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de cinco anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1.853).

O Projeto de 1975, quanto ao tema, é minucioso e detalhista. A sistemática não é singela. O leitor deve estar atento. E fica evidenciada a tendência irreversível do Direito Sucessório brasileiro: a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, concorrendo com descendentes e ascendentes do *de cuius*.

O Anteprojeto *Orlando Gomes*, em 1963, pioneiramente, tratava da sucessão da companheira. O Projeto de Código Civil, de 1975, ignorou o próprio concubinato, embora o autor da parte referente ao Direito de Família, o saudoso Professor gaúcho Clóvis do Couto e Silva, tivesse dedicado, na versão preliminar do Projeto, um capítulo destinado a disciplinar as relações patrimoniais entre concubinos. A Comissão Elaboradora, entretanto, achou que esta matéria devia ser transferida para lei especial.

Não é a nossa opinião. O Código Civil tem de ser, também, a lei dos pobres, dos excluídos, dos marginalizados. Um Código que trata do Direito de Família, e que só se preocupa com a família convencional, formal, matrimonializada, omite-se com relação a um expressivo número de famílias, constituídas à margem de um vínculo solene. Na América Latina, o concubinato não é mera faculdade, opção de vida, afrouxamento dos costumes, expressão do princípio da liberdade individual, mas, sobretudo, uma instituição desenvolvida no seio da desigualdade social e econômica. Em nosso Continente, como diz, expressivamente, *Eduardo Zannoni*, o concubinato é um fenômeno social e jurídico.

Fato é que, enquanto o Projeto de Código Civil tramitava (ou "dormitava") no Congresso Nacional, adveio a Constituição de 1988, e o velho concubinato, rebatizado de "união estável", foi, digamos, "constitucionalizado", e elevado à categoria de instituição jurídica do Direito de Família brasileiro. Como se não fosse bastante, duas leis já vigoram, regulando a união estável, e uma terceira lei se avizinha.

Não pode mais o Projeto de Código Civil alhear-se desta realidade. Antes de o texto ser mandado para votação, no Senado, o Relator deverá, a nosso ver, incluir preceitos sobre a união estável.

Como todos sabem, já temos legislação especial regulando o direito sucessório entre companheiros. E há um aspecto muito importante a ser abordado. Embora a Lei n. 9.278/96 não esteja admitindo que se confira o *status* de união estável a um concubinato incestuoso ou adúlterino, ela permite, a nosso ver, que a entidade familiar possa decorrer de uma ligação em que um ou ambos os conviventes são casados, desde que, é claro, separados de fato. Em nosso livro, *União Estável*, dissemos que, pela existência de um casamento que não existe mais ou que existe, somente, nos arquivos cartoriais, não se deve desconsiderar uma união duradoura, contínua, séria, constituída para criar e manter uma entidade familiar. Afinal, tratar-se-á de uma família, merecedora do respeito e da proteção que são conferidos a quaisquer famílias, dignamente formadas. Por este bom caminho, aliás - e com estes argumentos -, a jurisprudência, inclusive do STF, firmou a distinção entre concubina e companheira.

O Projeto de Lei n. 2.686, de 1996, do Poder Executivo, que pretende ser o Estatuto da União Estável, conceitua, no art. 1º:

"É reconhecida como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio *ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges.*"

Entre nós, pode ocorrer de uma pessoa falecer deixando esposa e concubina, bem entendido, na hipótese de o *de cujus* ter estabelecido a união estável depois de se ter separado de fato de sua mulher.

O legislador foi omissivo quanto a este aspecto. Tendo de resolver a questão, e considerando que, no atual estágio de nosso Direito, o cônjuge sobrevivente, que estava separado de fato do falecido, não perde a qualidade de herdeiro, haveremos de buscar uma solução equilibrada e justa. Assim, é nosso entendimento que, falecendo alguém, deixando cônjuge - de quem estava separado de fato - e companheira, a herança deverá ser repartida, igualmente, entre as duas. A recíproca é verdadeira, obviamente, aplicando-se a mesma solução ao caso da mulher que falece deixando viúvo e companheiro, nas mesmas circunstâncias.

Registre-se que, para situação semelhante, esta tem sido a decisão: falecendo o bigamo, antes da sentença anulatória do seu segundo casamento, há direito sucessório do cônjuge legítimo e do cônjuge putativo, sustentando *Yussef Said Cahali*, esta notável figura de jurista e magistrado, que a herança, no caso, se dividirá em partes iguais, fundando-se esta solução no fato de que a primeira mulher não pode alegar direito exclusivo à totalidade da herança, porque só tinha ela uma expectativa, a qual, quando aberta a sucessão, encontrou-se diminuída por efeito da boa-fé da segunda mulher.

Por oportuno, devemos consignar que, parificando as situações, assim como entendemos que se deve conferir a qualidade de herdeiro necessário ao cônjuge sobrevivente, o mesmo deve ocorrer com relação ao parceiro sobrevivente da união estável.

Nosso Código Civil, art. 1.611, dispõe que: "À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal".

Assim, se tiver havido separação judicial ou divórcio, o cônjuge não será herdeiro. Aliás, no caso do divórcio, sabido que ele dissolve o casamento, nem se pode mais dizer que o sobrevivente é... cônjuge.

*Quid juris*, se houver separação de fato entre marido e mulher? A lei não excepciona, de maneira que não há outra interpretação cabível: mesmo que o casal estivesse separado de fato; ainda que esta separação de fato fosse prolongada, o cônjuge sobrevivente será herdeiro.

O legislador, provavelmente, preferiu não prever a hipótese da separação de fato, persuadido de que, se o cônjuge separado quisesse afastar o outro da sucessão, bastaria que fizesse testamento, dispondo de todo o seu patrimônio em favor de terceiro. Sabemos que, em nosso Direito, o cônjuge é herdeiro legítimo, não-necessário, e pode ser excluído da sucessão por determinação testamentária do autor da herança, conforme o disposto no art. 1.725 do Código Civil, já referido nesta exposição.

Analisando a questão, *Silvio Rodrigues*, nosso eminente mestre, afirma que, no campo teórico, aquela concepção do legislador, no sentido de que o cônjuge pode afastar o outro da sucessão, por via do testamento, é verdadeira, mas, na prática, em país como o nosso, em que não há o hábito de testar, tal concepção apresenta inconvenientes sérios, principalmente com o enriquecimento da população, com a difusão de Facilidades para aquisição de casa própria, etc., pois, não raro, será chamado à sucessão um cônjuge de há muito separado do falecido, lembrando, ainda, o catedrático da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco que, no direito das Ordenações Filipinas, o cônjuge só era chamado a suceder se vivesse com o outro cônjuge, ao tempo de sua morte.

Seguindo o que estatuíam as Ordenações (Livro 4, Tít. 94), *Teixeira de Freitas*, no art. 973 da Consolidação das Leis Civis, consignou que, na ordem dos cônjuges, a herança será deferida ao sobrevivente, sendo que, ao tempo da morte, "vivessem juntos habitando a mesma casa".

O Código Civil brasileiro não seguiu, neste passo, o direito anterior. *Caio Mário*, sucessor de *Clóvis* na civilística nacional, assegura que, para afastar o cônjuge da sucessão, não basta a separação de corpos, concluindo ser necessária a separação judicial, que deve estar homologada, se por mútuo consentimento, ou passada em julgado a sentença, se litigiosa. "Só assim se consideram, no caso, legalmente separados", conclui o mestre.

Já mencionamos as soluções portuguesa e argentina para a questão. O Código Civil alemão,

art. 1.933, com a redação ordenada pela Lei do Matrimônio, de 1938, dispõe que o direito hereditário do cônjuge sobrevivente está excluído se o *de cuius*, ao tempo de sua morte, estava autorizado a propor ação de divórcio ou de invalidação do casamento, e tinha proposto a ação, sempre que, no caso de divórcio ou de invalidação do casamento, o cônjuge supérstite devesse ser considerado como culpado.

Devemos meditar sobre essas decisões tomadas na legislação estrangeira citada, que correspondem às de nosso velho Direito, anterior à codificação civil. Pensamos, firmemente, que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente não deve ser reconhecido se este vivia em união estável com outra pessoa, à época da abertura da sucessão, ou se estava separado de fato, por culpa sua, do cônjuge falecido. De certa forma, a idéia vem contida no art. 1.853 do atual Projeto de Código Civil.

Como diz o Professor *Antônio Menezes Cordeiro*, na Introdução da edição portuguesa da obra de *Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, hoje, é um lugar-comum: a jurisprudência é e tem de ser *ética*. E isto nos leva a advogar a tese da exclusão da sucessão do cônjuge separado de fato, quando foi o responsável pela separação. Embora devamos advertir que é extremamente difícil designar, com certeza e segurança, quem é o verdadeiro culpado da falência de um matrimônio. Uma vida inteira em comum, repleta de venturas e tristezas, com gestos recíprocos de renúncias e solidariedade, com atos elogiáveis e desabonadores de cada parceiro, no dia-a-dia da existência, não pode ser julgada por um só fato, por um só episódio, por mais grave que ele possa parecer.

A sucessão dos colaterais é matéria que, igualmente, precisa de uma revisão. Ao falar da evolução do tema, desde as Ordenações Filipinas, passando pela Lei Feliciano Penna, chegando ao Código Civil e leis posteriores que regularam o assunto, *Caio Mário* opina que uma razoável política legislativa deve oferecer a sucessão legal, na linha transversa, "somente até o segundo grau, compreendendo, portanto, não mais que os irmãos".

No Projeto de 1965, art. 698, ficou estabelecido que na falta de cônjuge sobrevivente - e não havendo descendentes, nem ascendentes - seriam chamados a suceder os parentes colaterais até o 3º grau.

O Anteprojeto de 1972, art. 2.050, chamava à sucessão os colaterais até o 3º grau. No Projeto de Código Civil, de 1975, porém, a sucessão dos colaterais vai até o 4º grau (cf. art. 1.866), mantendo-se o estatuído no Código vigente, art. 1.612.

Opina *Silvio Rodrigues* que a vocação dos colaterais até o 4º grau revela uma generosidade do legislador. Sugere o Professor que a sucessão dos colaterais não deve ir além do 3º grau.

A evolução dos costumes, as dificuldades e o dinamismo da vida moderna, o fenômeno da nuclearização do grupo familiar têm limitado, na generalidade dos casos, a compreensão e extensão da família, que, cada vez mais, está sendo reduzida. Não cremos, considerando as situações ordinárias, que existam sentimentos e afeições que justifiquem a vocação sucessória dos parentes em linha transversal do 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos).

A chamada família parental, hoje em dia, mal está chegando aos colaterais do 3º grau (tios, sobrinhos). Como realidade social, cultural, econômica, psíquica e espiritual, neste fim de século a família não vai muito além dos pais e dos filhos.

Sem chegar ao extremo da lição *de Bonfante*, de que a sucessão dos colaterais consagra um anacronismo, que se mantém por puro espírito de conservação, a tendência moderna do direito sucessório, sem dúvida, é toda no sentido de restringir, na sucessão legítima, a vocação hereditária desses parentes.

Na lição *de Oliveira Ascensão*, a sucessão legítima se justifica pela necessidade de não deixar *nullius as* situações jurídicas que haviam pertencido ao autor da sucessão. A sucessão surge e se desenvolve - já dissemos - como uma consequência lógica do direito de propriedade privada. E, historicamente, o Direito Sucessório representa, principalmente, um sistema de proteção da família. A conexão entre o fenômeno sucessório e a instituição familiar é necessária e intimíssima.

É opinião velha e revelha a de que a sucessão legítima exprime a vontade presumida do autor da herança. No seu clássico *Tratado de Testamentos e Sucessões*, *Gouvêa Pinto* expõe a idéia de que as sucessões legítimas são um testamento tácito, provindo elas de uma vontade que se presume, de que todas as vezes que o falecido não fez testamento, quis que herdassem seus bens os seus parentes mais chegados.

Temos de convir que a força da afeição familiar diminui, à medida que se afasta o grau do parentesco, tratando-se da linha oblíqua ou transversal. E, se num caso especial, hoje, quase excepcional, as ligações e os afetos se mantêm e se expandem para além dos parentes

colaterais do 3º grau colateral, sempre há a possibilidade de beneficiá-los através de testamento.

Precisamos apagar o traço individualista, o ranço aristocrático que ainda permeia nosso Direito Sucessório. Ao registrar a importância do Direito romano, e advertindo ser conveniente cercar os exageros dos adoradores de *Papiniano* e dos velhos textos da compilação justinianéia, o venerando e saudoso *Orosimbo Nonato*, por sinal nascido em Minas Gerais, na cidade de Sabará, ensinou: "Erro seria - e da maior graveza - o oblívio das lições do passado; maior, entretanto, procurar a perfeição nas instituições caducas".

Não se pode deslembrar que, na sucessão legítima, faltando descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, companheiro e colaterais, os bens vacantes da herança são atribuídos aos Municípios ou ao Distrito Federal, quando nele localizados, ou à União, quando os bens estiverem situados em Território Federal, conforme o art. 1.619 do Código Civil, com nova redação, determinada pela Lei n. 8.049, de 20 de junho de 1990.

Este é um aspecto relevante e importante que, nem sempre, é destacado. Temos de resguardar o interesse do Estado, da sociedade, da comunidade como um todo. A sucessão hereditária pode e deve funcionar como fenômeno de redistribuição de riquezas. É preciso que se dê concretude ao princípio da função social da propriedade, fazendo reverter os bens da herança à coletividade - quiçá, beneficiando, indiretamente, os pobres, a imensa legião de excluídos deste País, que há tanto tempo esperam melhor atenção do Poder Público, do que a parentes longínquos do *de cuius*, com os quais ele, talvez, nem tivesse relações sociais. Quando elaborava o Projeto de Código Civil, e diante da legislação filipina, que chamava os colaterais até o 10º grau, *Clóvis*, sempre sábio, observava, com fina ironia, que a distância era tão grande, que a lei chamava à sucessão "meros conterrâneos".

O estreitamento dos laços familiares é um dos fenômenos sociológicos mais destacados deste século. O jurista não pode viver dissociado do seu meio, das circunstâncias que o envolvem. Na sucessão legítima só devem ser chamados os colaterais até o 3º grau.

Na forma do art. 1.619 do Código Civil, o Estado (*lato sensu*) é o último dos herdeiros legítimos. Não havendo cônjuge sobrevivente, nem parente algum sucessível (descendentes, ascendentes, colaterais até o 4º grau), a herança se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Há uma discussão ancianíssima, uma polêmica maçante e interminável sobre a qualidade em que o Estado recolhe a herança, se *o de cuius* faleceu *ab intestato*, sem deixar cônjuge, nem parentes sucessíveis. Trata-se de um torneio acadêmico, sem qualquer interesse prático. Em nossa opinião, seguindo o Mestre *Pontes de Miranda*, o Estado não é ocupante, ou titular de direito de ocupação, nem sucessor singular, é *herdeiro*, como os outros herdeiros. Em Portugal, o Código Civil, art. 2.153, explicita que o Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro, com a particularidade de a aquisição sucessória se operar de pleno direito, por força da lei, sem necessidade de aceitação, nem podendo o Estado repudiar a herança.

Não se confunda a posição do Estado, como derradeiro integrante da ordem da vocação hereditária - e alerte-se, sucessor tão afastado que, raramente, chegará a sua vez -, com a possibilidade de ele ser instituído através de testamento. As pessoas jurídicas de direito público têm capacidade testamentária passiva; podem adquirir por testamento.

Independentemente de sua posição na ordem da vocação hereditária, portanto, como herdeiro legítimo, o da possibilidade de ser beneficiado pela via testamentária, matéria de direito privado, regulada no Código Civil, o Estado, por força do *jus imperii*, com fulcro numa outra ordem de valores, que emerge do Direito Público, participa das sucessões através dos tributos. Diz a Constituição Federal, art. 155, I, que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, sendo que as alíquotas máximas deste imposto são fixadas pelo Senado Federal.

Houve uma importante inovação neste tema. Pela Constituição anterior, o aludido imposto só incidiria nas transmissões hereditárias de imóveis. Agora, o imposto é cabível nessas transmissões, bem como nas de móveis e semoventes, incluindo-se ações, títulos financeiros, créditos, etc.

O Senado, a nosso ver, deveria fixar *alíquotas progressivas*, como, aliás, vigorou nos Estados, entre nós, até 1965. Na opinião de *José Afonso da Silva* - no que diverge *Ives Gandra Martins* -, o imposto comporta dois tipos de progressividade: uma, em relação ao monte da herança - quanto maior, mais graduada a alíquota; outra, em relação à distância das vocações

hereditárias, de modo que, quanto mais distante, mais gravosa a tributação.

Realmente, não há o que justifique, para quem pensa em termos de socialização jurídica, que a mesma alíquota incida numa transmissão em que o herdeiro é o filho, e em outra, em que o herdeiro é um primo.

A Constituição de Portugal tem norma expressa sobre a matéria, do art. 107, 3, que diz que o imposto sobre sucessões será progressivo, "de forma a contribuir para a igualdade entre os cidadãos".

Com base no princípio da capacidade contributiva, não vemos impedimento constitucional na fixação de alíquotas progressivas para o cálculo do imposto de transmissão causa mortis. Inclusive, é uma solução tributária francamente adotada nos países mais desenvolvidos, chegando a alíquota, em alguns casos, a 50%, e até mais.

Devemos estabelecer a progressividade deste imposto, no Brasil, o quanto antes. Trata-se de um instrumento poderoso de redistribuição de riquezas, um valioso expediente para a democratização da propriedade, um recurso eficaz de correção das desigualdades econômicas. Trata-se, é claro, na esteira de *Carnelutti*, de uma sugestão de quem compreende o Direito como meio legítimo para a realização da Justiça.

**(in, Repensando o Direito de Família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1999, págs. 59/79)**