FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RESPONSABILIDADE DOS HERDEIROS
PELA DÍVIDA NO ESPÓLIO

Silvino José Molina de Sousa

Presidente Prudente/SP
2003

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RESPONSABILIDADE DOS HERDEIROS
PELA DÍVIDA NO ESPÓLIO

Silvino José Molina de Sousa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gelson Amaro de Souza.

Presidente Prudente/SP
2003

**RESPONSABILIDADE DOS HERDEIROS
PELA DÍVIDA NO ESPÓLIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito

GELSON AMARO DE SOUZA

Orientador

LUÍS RICARDO SALLES

1º Examinador

PEDRO ANDERSON DA SILVA

2º Examinador

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2003.

“No momento em que não aspiramos ser
melhores, já deixamos de ser bons”.

CROMWELL

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente a Deus, que me orienta e guia em todos os momentos da minha vida.

Sou grato aos meus pais, Geraldo e Maria, por todo o amor com o qual me criaram e que não medem esforços, para me auxiliar e apoiar em todas as situações.

Às minhas irmãs Rafaela e Izabel, por toda a amizade e confiança que sempre depositaram em mim.

Ao meu orientador Dr. Gelson Amaro de Souza, grande estudioso do direito, pela paciência, disponibilidade, atenção e conhecimentos transmitidos durante a idealização, pesquisa e elaboração do presente trabalho.

Aos Drs. Luís Ricardo Salles e Pedro Anderson da Silva, por terem aceito o convite para fazerem parte da banca examinadora.

A todos os meus amigos, pelos incentivos, por sempre estarem ao meu lado durante todos esses anos, assim como a todas as pessoas que de uma forma ou de outra contribuíram na intervenção desse trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa objetivou de maneira específica, perquirir acerca da responsabilidade dos herdeiros pela dívida no espólio, devido a sucessão do patrimônio possuído pelo falecido.

Neste sentido, passou-se a análise da história do direito das sucessões, assim como as principais regras e institutos dessa disciplina jurídica, buscando uma abordagem dinâmica, para alcançarmos uma compreensão precisa de todas as relações sucessórias.

Posteriormente, foi examinada a transmissão das obrigações aos herdeiros, para que se justificasse a responsabilidade deste, pelo pagamento das dívidas do *de cujos*, devedor originário dos débitos herdados.

Passando por uma abordagem do espólio, buscando entender a natureza deste instituto, assim como, da meação, que corresponde a metade do patrimônio do *de cujus*, da união de ambos os institutos temos a totalidade do patrimônio que o falecido possuía quando vivo.

Prosseguindo, foi colocada a questão do pagamento das dívidas, pelo espólio durante o inventário, assim como, logo após feita a partilha pelos herdeiros. Responsabilidade esta que recai sobre o patrimônio do falecido, assim sendo pagos os débitos até o limite do montante herdado.

Por conseguinte, o enfoque foi sobre a responsabilidade exclusiva dos herdeiros pela dívida, abordando o pagamento dos débitos pelo herdeiro, assim como análise da responsabilidade da meação no tocante as dívidas, adquiridas pelo falecido, visto que tanto a herança como a meação, fazem parte do patrimônio deste.

PALAVRAS-CHAVE: espólio, herança, meação, direito das sucessões, transmissão das obrigações, responsabilidade dos herdeiros.

ABSTRACT

The present research is objectified in a specific way, making an analysis concerning the heirs' responsibility for the debt in the spoil, due to happening in the patrimony possessed by the deceased.

In this sense, it goes to the analysis of the history of the right of the successions, as well as the main rules and institutes of that juridical discipline, looking for a dynamic look, for we reach a precise understanding of all the relationships succession.

Later on, the transmission was examined of the obligations to the heirs, so that if it justified the responsibility of this for the payment of the debts of the one of whose, original debtor of the inherited debts.

Going by an look of the spoil, looking for to understand the nature of this institute, as well as, of the half, that corresponds the half of the patrimony of the one *de cujus*, of the union of both institutes we have the totality of the patrimony that died him it possessed when I live.

Continuing, the subject of the payment of the debts was placed, for the spoil during the inventory, as well as, soon after having done the partition for the heirs. Responsibility this that relapses on the patrimony of the deceased, like this being to pay the debts until the limit of the inherited amount.

Consequently, the focus went it remains to the heirs' exclusive responsibility for the debt, approaching the payment of the debts for the heir, as well as analysis of the responsibility of the half in the touching the debts, acquired by the deceased, because so much the inheritance as the half, they are part of the patrimony of this.

KEYWORDS: spoil, inheritance, half, right of the successions, transmission of the obligations, the heirs' responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 HISTÓRICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES	14
2 DIREITO DAS SUCESSÕES	22
2.1 Conceito	22
2.2 Modalidades	23
2.3 Efeitos	23
2.4 Abertura da sucessão	24
2.4.1 <i>Lugar da abertura da sucessão</i>	25
2.5 Liberdade de testar	26
2.5.1 <i>Liberdade limitada de testar</i>	26
2.6 Indivisibilidade da herança	26
2.7 Aceitação da herança	27
2.8 Renúncia da herança	28
2.8.1 <i>Espécies de renúncia</i>	30
2.8.2 <i>Efeitos da renúncia da herança</i>	31
2.8.3 <i>Irrevogabilidade da renúncia</i>	32
2.9 Cessão da herança	33
2.10 Herança jacente	34
2.11 Herança vacante	35
2.12 Sucessão do Estado	36
2.13 Herdeiro aparente	37
2.14 Indignidade sucessória	37
2.15 Deserdação	41
2.15.1 <i>Requisitos de eficácia</i>	41
2.15.2 <i>Causas que autorizam a deserdação</i>	42
2.15.3 <i>Efeitos da deserdação</i>	43

3 SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	44
3.1 Vocação hereditária.....	44
3.1.1 <i>Sucessão dos descendentes.....</i>	45
3.1.2 <i>Sucessão dos ascendentes.....</i>	46
3.1.3 <i>Sucessão do cônjuge e do convivente supérstite.....</i>	46
3.1.3.1 <i>Sucessão do cônjuge.....</i>	46
3.1.3.2 <i>Sucessão do convivente.....</i>	49
3.1.4 <i>Sucessão dos parentes colaterais.....</i>	52
3.2 Herdeiros necessários.....	53
3.3 Direito de representação.....	54
3.3.1 <i>Requisitos do direito de representação.....</i>	54
4. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.....	56
4.1 Testamento.....	56
4.1.1 <i>Características.....</i>	57
4.1.2 <i>Capacidade testamentária.....</i>	58
4.1.2.1 <i>Capacidade testamentária ativa.....</i>	59
4.1.2.2 <i>Capacidade testamentária passiva.....</i>	60
4.2 Formas de testamento.....	61
4.2.1 <i>Formas ordinárias de testamento.....</i>	61
4.2.1.1 <i>Testamento público.....</i>	61
4.2.1.2 <i>Testamento cerrado.....</i>	64
4.2.1.3 <i>Testamento particular.....</i>	66
4.2.2 <i>Formas especiais de testamento.....</i>	67
4.2.2.1 <i>Testamento marítimo e aeronáutico.....</i>	67
4.2.2.2 <i>Testamento militar.....</i>	68
4.3 Testemunha testamentária.....	69
4.4 Codicilo.....	71
4.5 Disposições gerais do testamento.....	72
4.5.1 <i>Cláusulas interpretativas.....</i>	75
4.5.2 <i>Disposições proibitivas.....</i>	76
4.5.3 <i>Redução das disposições testamentárias.....</i>	78
4.6 Revogação do testamento.....	80
4.7 Rompimento do testamento.....	81

4.8 Substituições	82
4.8.1 <i>Substituição vulgar e recíproca.....</i>	82
4.8.2 <i>Fideicomisso.....</i>	83
4.9 Legados	84
4.9.1 <i>Espécies de legados.....</i>	85
4.9.1.1 <i>Quanto à sua modalidade</i>	85
4.9.1.2 <i>Quanto ao seu objeto</i>	86
4.9.2 <i>Efeitos do legado e do seu pagamento</i>	88
4.9.2.1 <i>Aquisição do legado</i>	88
4.9.2.2 <i>Efeitos do legado.....</i>	89
4.9.2.3 <i>Pagamento do legado</i>	91
4.9.3 <i>Caducidade do legado.....</i>	92
4.10 Testamenteiro	93
5 INVENTÁRIO E PARTILHA	96
5.1 Inventário.....	96
5.1.1 <i>Inventário negativo</i>	97
5.1.2 <i>Inventariante.....</i>	98
5.1.2.1 <i>Remoção</i>	100
5.1.3 <i>Processamento do inventário</i>	101
5.2 Arrolamento.....	102
5.2.1 <i>Arrolamento sumário</i>	102
5.2.2 <i>Arrolamento comum</i>	103
5.3 Sonegados.....	104
5.4. Colação.....	106
5.4.1 <i>Dispensa da colação</i>	108
5.5 Partilha.....	108
5.5.1 <i>Sobrepartilha</i>	111
5.5.2 <i>Garantia dos quinhões hereditários.....</i>	112
5.5.3 <i>Nulidade e anulação da partilha</i>	114
6 ESPÓLIO E MEAÇÃO	116
6.1 Espólio.....	116
6.2. Meação.....	120

7 TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES	124
7.1 Noções preliminares.....	124
7.2 Diferença entre devedor e responsável	126
7.3 Transmissão das obrigações <i>causa mortis</i>	130
8 PAGAMENTO DAS DÍVIDAS.....	132
8.1 Noções preliminares.....	132
8.2 Procedimento para o pagamento das dívidas no espólio	134
8.3 Dívidas póstumas	141
8.4 Pagamento das dívidas após o inventário.....	144
9 RESPONSABILIDADE DO HERDEIRO.....	145
9.1 Noções preliminares.....	145
9.2 Responsabilidade dos herdeiros quando existem bens	149
9.3 Responsabilidade dos herdeiros quando não existem bens.....	152
9.4 Responsabilidade dos herdeiros por alimentos	155
9.5 Responsabilidade dos herdeiros por multa	157
10 RESPONSABILIDADE DA MEAÇÃO	161
10.1 Noções preliminares.....	161
10.2 Pagamento das dívidas	161
CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

INTRODUÇÃO

A sucessão hereditária acompanha o homem desde que se estipulou a convivência em grupos, desde que o direito sobre a propriedade ganhou importância, permitindo-se com isto a posse, questiona-se a quem se transmite os direitos do falecido.

Inicialmente a sucessão tinha cunho religioso, o que era mais importante era a continuação da família, para prosseguir no culto aos deuses domésticos, por isso havia uma confusão do patrimônio herdado, pois a herança era considerada patrimônio do herdeiro, este sendo o responsável pela continuação do culto religioso e conseqüentemente em todas as obrigações do chefe da família.

Com a morte, uma pessoa deixa de ser titular de direitos e obrigações, entretanto, seus herdeiros adquirem a titularidade do seu antecessor, vindo através da sucessão tomar o lugar do falecido.

Isso ocorre, porque atualmente o direito sucessório possui caráter eminentemente econômico, perdendo as influências religiosas que carregavam a transferência dos bens do *de cuius*.

Logo, os herdeiros tomam de imediato o lugar do *de cuius*, já que um patrimônio não pode ficar sem dono, com isso ocorre a transferência não só dos direitos, mas também das obrigações, que foram pelo sucedido assumidas. Devido a esta transferência obrigacional, o herdeiro torna-se responsável pelos débitos adquiridos em vida, diante da cobrança dos credores.

Em um primeiro momento, as dívidas são exigidas do espólio, que é a denominação processual que recebe a herança, durante a liquidação do patrimônio do falecido pelo inventário, após ser procedido este, os bens restantes do espólio, serão partilhados entre os herdeiros, que recebem o saldo apurado do patrimônio.

Posteriormente, com o efetivo acréscimo da herança a seu patrimônio, ficam os herdeiros responsáveis pelas dívidas do *de cuius* que não foram cobradas do espólio, tendo que saldá-las, porque são encargos da herança.

Destarte, a responsabilidade do herdeiro é limitada ao quinhão herdado, na verdade há uma continuação do patrimônio do falecido, por isso o sucessor se torna responsável pelas dívidas que deveriam ser pagas pelo sucedido, não tendo mais responsabilidade que teria este.

O herdeiro não é o devedor, adquirindo a responsabilidade pelos débitos em substituição na situação jurídica do falecido, a partir da transferência das obrigações, ou seja, a aquisição de um direito e um dever, assim como pode o herdeiro cobrar dos devedores do sucedido, também poderão os credores deste, cobrarem do sucessor o débito a que tem direito.

O pagamento das dívidas em regra é feito no inventário, mas quando o credor não habilitar seu crédito no inventário, depois de feita a partilha a cobrança poderá recair sobre o herdeiro, sucessor e responsável pelas dívidas do *de cuius*. No entanto a sua responsabilidade abrange os débitos patrimoniais, não se estendendo a penalidades, que por ventura incorreu o sucedido.

Tem-se que como a responsabilidade pelo pagamento das dívidas recai sobre o patrimônio do falecido, não se pode deixar de ser analisada a meação, já que esta também faz parte do patrimônio do *de cuius*. O devedor responde pelas dívidas com o seu patrimônio logo a meação como parte do patrimônio do devedor merece apreciação.

Neste sentido, será examinado o direito das sucessões e suas principais nuances, para chegarmos a discussão sobre quem recai a responsabilidade pelo pagamento das dívidas deixadas pelo autor da herança.

1. HISTÓRICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Na ordem cronológica da história do homem, por impulso da necessidade de sobrevivência, a convivência assume certa importância. O ser humano, ao nascer, como todo animal, necessita de alguém que lhe supra as necessidades básicas exigidas para o desenvolvimento vital. A família é o primeiro grupo onde o homem se descobre, sendo dentro dela que se manifestam os primeiros sinais da vida em sociedade, portanto é através dela que o indivíduo dimensiona suas primeiras necessidades gregárias.

A família é o alicerce de toda a sociedade, não há como se imaginar a existência do ser humano em comunidade sem haver uma relação familiar, a partir desta relação surge a hereditariedade. Desde o surgimento do homem na terra ele não consegue viver sozinho, por isso começou a conviver em grupos, quando o homem deixou de ser nômade e fixou-se em lugar determinado, passando a cultivar e gerir seu próprio sustento, começou a se imaginar uma sucessão, já que haveria de ter continuidade a família.

Com o surgimento da propriedade familiar passou a existir a necessidade de haver uma sucessão, mas esta não era entendida no sentido moderno da palavra, já que os povos primitivos viviam em grupos familiares, sob a autoridade do patriarca, sendo toda a propriedade e os bens que a integravam de uso comum do clã, por isso não havia sucessão como conhecemos hoje. O objetivo era a transferência familiar da propriedade, na verdade os bens pertenciam a família como um todo mas quem era responsável, tinha autoridade era o pai, sendo que posteriormente a sua morte, a família tinha que continuar seguindo os preceitos religiosos, daí surge a transferência que mesmo sem ter o caráter moderno da expressão, era uma sucessão *causa mortis*.

O que primeiramente garantiu o direito de propriedade, não foi a lei, mas sim a religião. A propriedade estava tão ligada a religião que não se poderia renunciar aquela, sem antes renunciar a própria religião. O que prende o homem a certo lugar é algo mais forte que a vontade humana, “não foi o indivíduo, vivo naquela circunstância, quem estabeleceu o seu direito sobre aquela terra; foi o deus doméstico” (COULANGES, 2002, p. 76).

Na verdade o direito sucessório era ligado a religião e não a propriedade privada, apesar desta existir os bens pessoais como, por exemplo, armas e adornos eram enterrados com o morto, só transmitindo-se a propriedade da terra e o que havia sobre ela, porque nesta estava o fogo sagrado, que deveria ser continuado pelo sucessor, que teria que ser impreterivelmente o filho varão, devendo este fazer as oferendas aos deuses e continuar o culto doméstico.

Conforme nos mostra Hironaka (2003, p. 3):

Em Roma, na Grécia e na Índia das Leis de Manú, a religião desempenha papel de suma importância para a agregação familiar. Pertencem à mesma família aqueles que participam do mesmo culto aos deuses domésticos, sendo que estes são os próprios antepassados daqueles que em vida comungam para reverenciar os que já se foram. E o culto desenvolve-se diante do altar doméstico, onde o fogo sagrado arde, onde são depositados os artigos de comer e beber e ao redor de onde se constrói a habitação da família e se cultivam os gêneros de subsistência.

O direito que a pessoa tinha sobre o local de seu culto, onde estava o altar dos seus deuses, era tão soberano que não se admitia sua retirada do domínio familiar, verifica-se que poderia haver a escravização de um homem, mas não se admitiria que fosse tomada a sua propriedade, como nos mostra Coulanges (2002, p. 77):

O corpo do homem responde pela dívida, não o faz a terra, porque esta é inseparável da família. Era mais fácil escravizar o homem do que lhe tirar o direito de propriedade, que pertencia mais à família do que a ele próprio; o devedor está nas mãos do credor; a sua terra, contudo, de modo algum o acompanha na servidão. O senhor que, em seu proveito, usa das forças físicas do homem, goza também dos frutos da terra, mas não se torna seu proprietário. Como o direito de propriedade é inviolável e superior a qualquer outro direito!

Para começarmos a pensar em hereditariedade entre os povos antigos, não há como pensar no patrimônio como conjunto de bens que se transmite de um homem a outro. Os bens móveis não poderiam ser considerados como transmissíveis, visto que eram enterrados juntamente com o dono, somente podendo ser considerado para a transmissão sucessória entre os povos antigos

os bens imóveis, como o fogo sagrado e o túmulo que estão presos a terra, sendo que a medida que as gerações se sucediam, surge a obrigação para os descendentes de continuarem o culto aos deuses e rituais pertencente a religião familiar e em decorrência disso cuidar da propriedade.

Em Roma e na Grécia civilizações que demonstraram um avanço para o direito, presenciamos o princípio da entidade familiar propriamente dita. Com isso começou a ser concebida a idéia da transmissão sucessória, que tinha sobretudo o caráter religioso, mas a partir daí, passou-se a entender a sucessão *causa mortis* como a transmissão de bens ao herdeiro.

O fundamento da sucessão por causa da morte foi o caráter religioso, a transmissão dos bens do *de cujus* ao herdeiro era mais uma forma de continuar o culto dos deuses domésticos, assim como o modo de dar continuidade na descendência da religião dos antepassados.

Coulanges (2002, p. 78) aponta algumas regras do direito sucessório entre os antigos que são:

A primeira é que sendo a religião doméstica, como já foi visto, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de seu pleno direito, *ipso jure heres existit*, no dizer do jurisconsulto. É mesmo herdeiro necessário, *heres necessarius*. O filho não tem de aceitar nem de recusar a herança. A continuação da propriedade, como a do culto, é para ele uma obrigação e um direito. Queira ou não, cabe-lhe a sucessão qualquer que possa ser, mesmo com encargos e dividas.

Ressalte-se que se buscava preservar os direitos dos credores do *de cujus*, já que tinham na pessoa do herdeiro de quem cobrar os débitos, já que o patrimônio possuído pelo herdeiro, se unia ao patrimônio do sucedido. Não tinha, porém o herdeiro direito de renunciar a herança, não havia como se eximir do ônus da hereditariedade, a continuidade da propriedade e do culto, transmitem-se graças ao parentesco, mas com isso o herdeiro é compelido a arcar com os encargos e dívidas do sucedido.

O que unia os membros de uma família tanto para os gregos quanto para os romanos era a religião, aquela seria mais uma associação religiosa do que natural, pois isto se mostra claramente quando vemos a situação da mulher, que com o casamento incorporaria-se a família do esposo, então passaria a ter as mesmas crenças do marido, cultuando os mesmos deuses que este, assim como aponta Coulanges (2002, p. 46):

Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi seguramente esta que fixou regras e, como resultado, ter a família antiga recebido uma constituição muito diferente da que teria tido se tivesse sido baseada nos sentimentos naturais apenas.

No Direito Romano cabia ao herdeiro a condição de continuador da personalidade do falecido e do lar, que se caracterizava por uma unidade que viabilizava a continuidade do culto, com solenidades religiosas necessitando que aquele continuasse a celebração dos ritos funerários, fazendo sacrifícios em nome das divindades do lar.

Por isso, mesmo falecido o *pater família* não havia justificativa para a extinção da propriedade familiar e conseqüentemente da própria família, pois o herdeiro ficava encarregado de fazer as oferendas e continuar o culto dos antepassados, assumindo assim todas as funções do patriarca. Assim nos mostra Oliveira (1952, p. 126):

O filho, obrigado a manter o culto como continuador do *pater*, cujas funções administrativas e sacerdotais assumia, herda, para esse fim, os bens, não como propriedade *individual* sua, mas como administrador dos bens da coletividade familiar, como um simples continuador na gestão desses bens - *morte parentis continuador dominium*.

Claramente o direito a sucessão surgiu, porque alguém deveria continuar o culto familiar, a pessoa que cuidasse de promover os cultos tinha que ser necessariamente homem e sempre o mais velho, quando mais de um filho homem, devendo ser o primogênito varão o herdeiro, o sucessor.

Em Atenas as filhas do sucedido eram excluídas por seus irmãos varões, não existindo irmãos eram substituídas por outro parente qualquer desde que homens, a particularidade era que tais parentes para obter a herança, estavam necessariamente obrigados, a receber integralmente o patrimônio deixado, o que englobava as mulheres excluídas da sucessão. Tanto que os hindus que seguiam as mesmas leis de Roma e da Grécia, não garantiam nenhum direito as filhas, conforme estipulava o Código de Manú, prevendo que depois da morte do pai, “os irmãos partilhem o patrimônio entre si”, e o legislador recomenda aos irmãos que dêem dote às suas irmãs, de onde se vê que as filhas não tinham direito algum à herança paterna” (COULANGES, 2002, p. 80).

Normalmente como continuador, o filho era obrigado a manter o culto, cujas funções administrativas e sacerdotais por ele era assumida, herdava, assim não a propriedade particular, individual, mas se tornava um administrador dos bens da coletividade familiar, era o responsável pela continuação na administração e gestão dos bens.

Era grande a influência exercida pelo grupo familiar sobre o indivíduo, a família deveria continuar, independente da morte do *pater familia*. O filho era obrigado a aceitar a herança, sendo, por isso, herdeiro necessário. Era, a rigor, herdeiro de si mesmo, pois recebia sucessoriamente o que lhe pertencia, já que desde o seu nascimento o filho varão, já tinha como obrigação continuar nos deveres do patriarca e dar continuidade a instituição familiar.

Prestigiava-se o filho mais velho, não só pelo aspecto religioso, mas para que se conservasse a família forte, porque desse modo não se dividiria o patrimônio, pois só o primogênito estaria recebendo a herança.

Assim a família que passa a existir na Grécia e também em Roma, se caracteriza por ser a unidade que viabiliza a continuidade do culto, tendo solenidades religiosas comuns, e também os lugares de sepultura.

O direito de herança no direito romano, mais precisamente os preceitos contidos no *ius civile*, tanto no que se refere a herança estipulada através de testamento, como pela lei, ou seja, *ab intestato* tinha uma divisão de classes de herdeiros que traz grandes implicações para a sucessão.

Tinha como princípio, o fato de que enquanto o *pater familia* estava vivo, os herdeiros necessários eram teoricamente considerados, como co-proprietários dos bens, já que a herança se transmitiria obrigatoriamente para eles. Com a morte do *pater familia*, os herdeiros necessários assumem a posse de uma coisa que em tese já lhe pertencia.

Na maioria das legislações dos povos antigos, não poderia uma pessoa herdar bens de duas famílias distintas, isto se justificava não pela questão propriamente material, mas sim pelo fato de que uma pessoa não poderia herdar, nem pertencer a dois cultos familiares.

A transmissão da herança se processava dentro do núcleo familiar, sendo que os laços familiares eram estabelecidos a partir do culto comum, e não apenas pelo parentesco sangüíneo.

Na verdade, o sucessor não era apenas proprietário dos bens, mas sim representante de algo maior, a família, os antepassados, sendo claro que o caráter patrimonial era intimamente ligado a religião.

Posteriormente quando o individuo passa a ter uma autonomia maior, a transmissão dos bens passa a se desvincular da religião, então surge a propriedade familiar. A propriedade da terra é da família, transmitindo-se do varão aos descendentes do grupo familiar.

Com isso passa a ser permitido no direito romano a sucessão testamentária que era uma forma de poder instituir um herdeiro, consistia em um ato repleto de solenidades e formalismos. Haveria de ter várias testemunhas, que geralmente eram plebeus, que se reuniam em dia determinado para presenciarem a instituição de um herdeiro.

Antigamente, a sucessão seguia preceitos religiosos, estando intimamente ligada ao culto familiar e na ordem da sucessão só existia o filho varão, considerado como predestinado a continuar chefiando a família não tendo por isso testamento dispendo sobre a transmissão da herança. A única função do testamento era como instrumento para dispor dos bens de forma individual, sendo que não estava ligado ao direito das sucessões, já que a regra que prevalecia era a da transmissão dos bens de varão a varão.

A disposição dos bens por testamento começou com os romanos, os quais foram os primeiros a admitir a sucessão testamentária. No início o testamento decorria de uma lei popular, devido a pessoa que tinha interesse em um testamento, precisava manifestar sua vontade no comércio ou fazer frente ao exército, já que aquele precisava ser sancionado pelo Poder Legislativo, que era composto pelo povo, sendo este o único meio de derrogar lei geral sobre a sucessão legítima.

Num período mais recente, poderiam ser instituídos como herdeiros pessoas físicas, o nascituro, e em certos casos até divindades. Devido a relação existente entre o direito e a religião, com a influência do cristianismo, se passou a poder destinar a herança à igreja local do testador.

É nessa fase histórica, que o caráter patrimonial começa a invadir o espírito romano no que tange à sucessão, passando assim a se desvincular da característica fortemente espiritual, que regulava a transmissão do culto familiar, começando a se pensar na continuação dos bens.

Logo, a sucessão passa a se concentrar na propriedade individual, nesta a família perde a condição de fonte de subsistência, surgindo o comércio a divisão do trabalho, a mercancia, a moeda a autonomia do individuo em relação à família e uma pessoa sendo titular da propriedade. Anteriormente o herdeiro era sucessor na personalidade, agora passou a ser sucessor nos bens.

Com isso surge a transmissão hereditária pela morte, na família a propriedade se consolida no âmbito familiar, desvinculando-se do seu caráter religioso e político. Assim cessa a aquisição sucessória através de causas políticas e religiosas, passando-se a herdar pelo vínculo de sangue, é daí que surge a figura do pretor, que concedia a herança fora do direito civil, nos casos que lhe pareciam justos, mediante pedido dos interessados.

Com o passar do tempo, começa a se difundir a idéia de que a riqueza social é uma forma de medida da riqueza individual: tanto mais rico e poderoso um agrupamento, quanto mais abastados os indivíduos componentes. A conservação e transferência hereditária, interessa ao mesmo tempo ao indivíduo e à sociedade (PEREIRA, 2000, p. 4). Devido a essas mudanças na sociedade

se passou o direito sucessório a ter caráter meramente patrimonial, se desvinculando totalmente da religião.

Na Idade Média, o conceito político ligado à propriedade da terra haveria de concentrar-se no direito hereditário, como afirmação de *suserania*¹: o senhor transmitia com a terra e o poder que esta lhe proporcionava; o vassalo renovava, no novo domínio, o voto devido ao antigo: o servo ao receber a posse da gleba reavivava o voto de subordinação que o ligara ao antecessor.

No direito moderno, a propriedade, posto que individual é assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertençam em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência dos pais aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária (PEREIRA, 2000, p. 4).

Conforme fora demonstrado, as regras relativas a sucessão sofreram enormes mudanças, nos primórdios era totalmente ligada a religião, tendo regras próprias, com o passar do tempo e com o direito a propriedade ganhando importância, o direito sucessório passou a desvincular-se da religião, evoluindo até chegarmos a concepção atual, que denota o direito das sucessões como extensão do direito a propriedade.

¹ O mesmo que senhor feudal.

2. DIREITO DAS SUCESSÕES

O termo sucessão é proveniente do provérbio latino *successio*, substantivo derivado do infinitivo verbal *succedere*, que significa o ato de uma pessoa seguir ou continuar uma determinada situação.

Juridicamente, sucessão corresponde ao fato de uma pessoa continuar na situação de outra, substituindo-a em uma determinada relação jurídica.

2.1 Conceito

Sucessão é o conjunto de regras que regem a transmissão do patrimônio de uma pessoa, depois de seu falecimento, à quem a sucede nos atos da vida civil, transmitindo seus direitos e obrigações.

Diniz (2003, p. 3) assim o define:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro.

Também o faz Rodrigues (2002, p. 3), dispondo que:

[...] o direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores. A definição usa a palavra patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto.

Ressalte-se que a sucessão pode ocorrer entre pessoas vivas, quando, por exemplo, o comprador sucede o vendedor, caso em que a sucessão é entendida

em sentido amplo. Em sentido mais restrito, a sucessão é usada como significado de sucessão *causa mortis*.

2.2 Modalidades

A terminologia sucessão, juridicamente, pode ser colocada como referência a sucessão *mortis causa* ou *inter vivos*, sendo a primeira mencionada com maior frequência. A transmissão de direitos e obrigações qualificada pelo evento morte, denomina-se sucessão *mortis causa*, enquanto a transmissão de direito e obrigações entre pessoas vivas, chama-se sucessão *inter vivos*.

Quanto a sua fonte, ela classifica-se em: sucessão testamentária e sucessão legítima ou *ab intestato*.

A sucessão testamentária é aquela que advém de testamento válido ou manifestação de última vontade. Todavia, é de se ressaltar que, caso o testador seja casado pelo regime da comunhão de bens, deve-se respeitar a meação do cônjuge, ou seja, metade dos bens do casal pertence ao outro consorte, então a legítima e a porção disponível deve ser calculada sobre a meação do testador. A liberdade para testar é limitada se o testador tiver descendentes ou ascendentes sucessíveis, ou seja, herdeiros necessários, ele só poderá dispor de metade de seus bens, sendo que a outra metade constitui a legítima dos herdeiros, sendo aquela porção disponível para o testamento. Só haverá total liberdade para testar, quando não existirem herdeiros necessários.

Já a sucessão legítima, também chamada de *ab intestato*, é aquela que deriva da lei, não havendo testamento o patrimônio do *de cujos* passa as pessoas pela lei imposta, conforme ordem de vocação hereditária.

2.3 Efeitos

A sucessão pode ser classificada quanto a seus efeitos, que podem ser a título universal e a título singular. Pelo primeiro, cada herdeiro recebe uma parte

ideal do patrimônio deixado pelo autor da herança, este patrimônio é composto de ativo e passivo que se distribuem de forma ideal².

A sucessão a título singular ocorre quando o sucessor recebe um bem certo e determinado do patrimônio do autor da herança; em regra, a sucessão com esse efeito, tem como fonte o testamento, através dele recebe o sucessor um legado, sendo o herdeiro chamado de legatário.

2.4 Abertura da Sucessão

O marco para abertura da sucessão é a morte do *de cuius*, sendo a lei a ser aplicada a vigente na época do falecimento, mesmo que acaso o inventário dure vários anos e advenha nova lei.

Isto decorre do princípio de *saisine*, que dispõe que o patrimônio não pode ficar sem possuidor, a posse se transfere de imediato ao sucessor, seja esta direta ou indireta.

O vocábulo *saisine*, numa tradução vulgar, significa “posse de bens, vem do verbo *saisir*, que dentre os vários sentidos tem o de apoderar-se (de um bem), que não é o que mais se aproxima do que nos interessa” (CARVALHO, 2002, p. 74).

O princípio da *saisine* encontra embasamento legal no artigo 1784 do Código Civil, dispondo que, com a morte ocorre “a transmissão automática dos direitos, que compõem o patrimônio da herança, aos sucessores, legítimos ou não, com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais” (PONTES DE MIRANDA, 1984, p. 16).

² Deve ser observado, que a responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas, não pode ultrapassar a força da herança. Assim, o passivo fica a cargo do herdeiro até o limite da herança recebida.

2.4.1 Lugar da abertura da sucessão

O foro competente para ajuizar o inventário é o do último domicílio do autor da herança, se tiver vários domicílios pode a herança ser aberta em qualquer um deles, caso não tenha domicílio certo será o do local dos bens.

Diniz (2002, p. 30) ensina que:

O Código Civil, no art. 1.785, determina o lugar da abertura da sucessão recorrendo ao último domicílio do falecido, porque presume que aí esteja a sede principal dos interesses e negócios do *de cuius*, embora o passamento se tenha dado em local diverso ou seus bens estejam situados em outro lugar. Isto é assim porque o domicílio é a sede jurídica da pessoa e do seu patrimônio. A abertura da sucessão no último domicílio do *auctor successionis* determina a competência do foro para os processos atinentes à herança (inventário, petição de herança) e para as ações dos co-herdeiros legatários e credores relacionadas com os bens da herança.

Temos que analisar essa regra em consonância com o artigo 96 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as questões em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.
Parágrafo único. É porém, competente o foro:
I – da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo;
II – do lugar em que ocorreu o óbito, se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.

Claro está que, a competência para a abertura da sucessão é do último domicílio do *de cuius* no país, visto que mesmo tendo ocorrido o óbito no estrangeiro o juízo competente é o da última cidade em que o autor da herança viveu no Brasil.

Como pode ocorrer de o *de cuius* não possuir domicílio certo, o parágrafo único do artigo 96 do Código de Processo Civil, traz soluções diversas sendo

competente o foro da situação dos bens ou do lugar do óbito, se situados bens em lugares diferentes, isto se o falecimento ocorreu no país.

2.5 Liberdade de testar

É cediço em nosso ordenamento jurídico que o proprietário de um bem pode usar, gozar e dispor de sua propriedade. Em razão dos direitos que são inerentes ao proprietário, o mesmo tem a livre disposição do seu patrimônio, motivo pelo qual existe a liberdade de testar como princípio da propriedade.

2.5.1 Liberdade limitada de testar

A liberdade de testar é ampla, exceto tendo o testador herdeiros legítimos, neste caso, ele somente poderá dispor de metade dos seus bens em testamento. Podendo dispor livremente de metade do seu patrimônio, estará autorizado a instituir como herdeiros quaisquer pessoas, mesmo que não sejam descendentes ou ascendentes, estando assim disposto no artigo 1.846 do Código Civil.

2.6 Indivisibilidade da herança

A herança é um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros, conforme está expresso no artigo 1.791 do Código Civil. Em razão disso, os sucessores são condôminos do patrimônio, que é indivisível desde a morte do autor da herança até a partilha, conforme dispõe expressamente o parágrafo único do artigo 1.791 do Código Civil.

Isso nos mostra Diniz (2002, p. 39) ao dispor:

Nossa lei estabelece esse princípio da indivisibilidade da herança até a partilha, porque os co-herdeiros, no período da indivisão, se encontram

num regime de condomínio forçado, em que cada um possui uma parte ideal da herança. Esse é o motivo pelo qual o co-herdeiro não pode vender ou hipotecar parte determinada de coisa comum do espólio, mas tão-somente ceder direitos hereditários concernentes à sua parte ideal.

Em razão do condomínio que se forma, cada herdeiro pode usar a coisa conforme sua destinação, bem como está legitimado a utilizar qualquer ação que vise reivindicar a coisa e defender sua posse, conforme autoriza o artigo 1.314 do Código Civil.

2.7 Aceitação da herança

O artigo 1.805 do Código Civil dispõe que “a aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro”.

Diniz (2002, p. 61), assim define aceitação da herança:

[...] aceitação, ou adição da herança, vem a ser o ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, manifesta livremente sua vontade de receber a herança que lhe é transmitida.

Não se pode obrigar ninguém a receber a herança, no entanto, a aceitação é um ato que deve ser manifestado, podendo ser feito de forma tácita, expressa ou presumida.

A aceitação expressa deve resultar da manifestação do herdeiro de querer receber a herança, que deve ser feita através de declaração escrita, pública ou particular. Sendo assim, não é permitida a forma oral, entretanto, é desnecessária a enunciação de motivos na aceitação expressa.

Já a aceitação tácita acontece quando ocorrem práticas de atos que demonstram a aceitação da herança, como por exemplo, o pedido de abertura do inventário, se habilitar como herdeiro, publicar anúncio de venda de parte na herança, cobrança de dívida ativa do espólio pelo herdeiro, etc. Na aceitação

tácita o comportamento prático do herdeiro há de viabilizar o desejo de aceitar o recebimento da herança.

Já em relação a aceitação presumida, esta ocorre, segundo está expresso no art. 1.807 do Código Civil, quando o interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança requeira ao juiz, depois de aberta a sucessão, que seja estipulado um prazo razoável, para que o herdeiro pronuncie se não aceita a herança, caso não haja pronunciamento a herança estará aceita. Como ensina Diniz (2002, p. 64), “nesta espécie de aceitação, há ausência de qualquer manifestação expressa ou ato comissivo, pois a simples omissão de recusa é havida como aceitação da herança”.

A aceitação da herança não pode depender de condição, termo ou encargo, assim como não é admitida a vinculação a realização de acontecimento futuro e incerto. No caso de ser recebida herança a título singular e também a título universal, pode-se aceitar uma e renunciar a outra.

Caso o herdeiro venha a falecer antes de ter ocorrido a aceitação da herança, este direito se transfere a seus sucessores, mas estes somente poderão se manifestar sobre a aceitação da herança, após terem aceitado aquela deixada pelo herdeiro falecido.

2.8 Renúncia da herança

Nenhuma pessoa pode ser obrigada a aceitar a herança. Desde que seja solvente, maior e capaz, não pode ser forçada a receber herança. Quanto ao insolvente, se a renúncia tiver o intuito de prejudicar os credores, segundo o artigo 1.813 do Código Civil, poderão estes, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante, aceitação esta que vai até o montante do seu crédito.

Diniz (2003, p. 69), conceitua a renúncia a herança como “o ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro declara expressamente que não aceita a herança a que tem direito, despojando-se de sua titularidade”.

No entanto, a liberdade de renunciar possui algumas restrições como nos ensina Rodrigues (2002, p. 59):

A pessoa capaz pode renunciar a herança da mesma maneira que pode abrir mão de outros direitos. Entretanto, tendo em vista que o Código Civil classifica o direito à sucessão aberta como bem imóvel (art. 80, II) e considerando que o cônjuge não pode, sem consentimento do outro, alienar bens imóveis (art. 1.647, I), a renúncia da herança, efetuada por pessoa capaz, depende de consentimento do consorte, exceto no regime da separação absoluta (arts. 1.647, *caput*, parte final, e 1.687).

A lei, contudo, consigna uma restrição à liberdade de renunciar a herança. Com efeito, dispõe o art. 1.813 do Código Civil que se a renúncia do herdeiro prejudicar seus credores, poderão estes, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante.

Partindo-se da premissa de que com a renúncia a herança, considera-se como o renunciante nunca tivesse sido chamado a sucessão, não se poderia então considerar como parte do patrimônio do renunciante a herança, não havendo, então motivo para ser determinado judicialmente a aceitação pelo credor em nome do renunciante, já que este só pode ter seu débito satisfeito pelo patrimônio do devedor. Mas mesmo diante disto o legislador aderiu a uma solução que atende ao interesse do credor, permitindo que este aceite a herança em nome do renunciante.

A renúncia a herança é um ato jurídico e como tal não pode ser presumido, deve ser feita através de escritura pública ou em termos nos autos do inventário, devendo ser integral, peremptória e incondicionada, deve ser cercada de toda solenidade, já que aquele que abdica da herança está renunciando a um direito.

Temos que a herança é uma declaração unilateral de vontade, que somente pode ser feita através de escritura pública ou por termos nos autos do inventário, porque são estas as formas prescritas em lei.

Na renúncia, o herdeiro renunciante deixa de receber a herança, e esta vai crescer, por força de lei, a parte dos que a ordem vocacional indica. Por não ter recebido a herança, fica afastada qualquer possibilidade de se tornar responsável por dívida do espólio.

2.8.1 Espécies de renúncia

Discussão existe sobre a renúncia a herança se dividir entre pura e simples (abdicativa), *ad favorem* e a translativa.

A renúncia tem por natureza a abdicação, ou seja, o fato de não ter interesse em receber a herança, por isso a denominada renúncia pura e simples é aquela que não visa beneficiar alguém determinado, mas sim apenas não receber a herança. Neste caso, o herdeiro não pratica nenhum ato que exprima aceitação da herança.

A renúncia *ad favorem* tem como escopo beneficiar um destinatário certo, só que não há a indicação deste, ocorre por exemplo, quando irmãos renunciam sua quota na herança para favorecerem outro irmão, que se encontra em situação precária, como com a renúncia a herança não é destinada para os descendentes, será esta recebida em sua totalidade por um único irmão.

Na renúncia *ad favorem*, o renunciante declara somente a vontade de repudiar a herança, mas internamente sua vontade é de transferir a herança que receberia a outra pessoa.

Quando alguém renúncia em favor de outrem, apontado nominalmente o beneficiário, recebe o nome de renúncia translativa. Neste caso, está se praticando dupla ação, aceitando tacitamente a herança e posteriormente doando-a, não ocorre a renúncia, mas sim uma transferência de patrimônio, o herdeiro recebe a herança para transmitir a um beneficiário, já que ninguém pode transferir a outra pessoa algo que não lhe pertence.

Isto traz conseqüências, pois tendo a renúncia caráter de doação, ocorre dois fatos geradores tributários, implicando em uma dupla tributação, já que o imposto *causa mortis* é devido pela transferência do patrimônio do *de cujus* ao herdeiro, enquanto o imposto *inter vivos* é devido pela transferência dos bens herdados para o beneficiário. Isto é o que se nota da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Direitos Hereditários – Renúncia translativa – A recusa dos direitos hereditários por parte dos herdeiros, visando beneficiar determinada pessoa, renúncia in favorem, configura-se antes uma cessão ou doação do que renúncia propriamente dita, posto que os renunciantes estão realizando dupla ação, qual seja, aceitando a herança e doando, em seguida, à pessoa designada. Sobre esta operação incide o imposto de transmissão inter vivos. Ocorrência – Recusa a beneficiar cônjuge-meio. Hipótese em que há aceitação tácita da herança e subsequente transmissão desta – Incidência do imposto de operações inter vivos – Recurso provido. (TJSP – AgI nº 172.868-1, 17-6-92, Rel. Leite Cintra)

Neste caso, apenas o nome utilizado é o de herança, mas na verdade existe uma aceitação tácita, posteriormente ocorre uma doação.

2.8.2 Efeitos da renúncia da herança

O primeiro e principal efeito é que o renunciante será afastado da sucessão, considera-se como se nunca tivesse sido chamado a sucessão, logo, “a renúncia tem um alcance muito amplo, pois entende-se que ela retroage ao momento da abertura da sucessão, de modo que o herdeiro renunciante é considerado como se jamais houvesse sido herdeiro” (RODRIGUES, 2002, p. 60).

Como consequência desse efeito principal surgem outros. São eles:

1º) o acréscimo da parte do renunciante, na sucessão legítima, aos outros herdeiros que aceitaram a herança, por exemplo, tendo o *de cuius* cinco filhos e um deles renunciou, a herança se divide entre os outros quatro, pois o renunciante é considerado como se nunca tivesse existido.

2º) o renunciante é considerado como se jamais tivesse sido herdeiro, logo seus descendentes não herdam por representação, quando o ascendente renuncia. Como ensina Diniz (2003, p. 73):

Os descendentes do renunciante não herdam por representação na sucessão legítima; porém, se ele for o único da classe ou se os demais desta também repudiarem a herança, seus filhos poderão ser chamados à sucessão, por direito próprio e por cabeça (CC, art. 1.811). Exemplificativamente: se o *de cuius* apenas tinha dois filhos e netos e um de seus filhos renuncia a herança, a sua parte não será transmitida aos filhos do renunciante; entretanto, se os dois filhos repudiarem a

herança, os netos do falecido sucederão por direito próprio e por cabeça, e não por estirpe ou representação.

3º) Dentro da sucessão testamentária, temos que a renúncia do herdeiro “torna caduca a disposição de última vontade que a beneficie, a não ser que o testador tenha indicado substituto (CC, art. 1947) ou haja direito de acrescer entre os herdeiros (CC, art. 1.943)” (RODRIGUES, 2002, p. 62).

4º) O herdeiro que renuncia a herança pode aceitar o legado, conforme artigo 1.808, §1º do Código Civil.

2.8.3 Irrevogabilidade da renúncia

São irrevogáveis os atos de renúncia da herança, esta é a disposição contida no artigo 1.812 do Código Civil, “a renúncia é irreatável, pois, tratando-se de ato unilateral, ele se aperfeiçoa desde o momento da emissão solene da declaração de vontade, gerando, desde então, todos os efeitos dele decorrentes” (RODRIGUES, 2002, p. 63).

O herdeiro que renuncia é considerado como se nunca houvera sido herdeiro, logo, se fosse possível a retratação estaria sendo permitida a perda da propriedade adquirida pelos herdeiros, o que geraria grande insegurança e instabilidade as relações jurídicas, não podendo os herdeiros dispor dos bens herdados.

Se houver a renúncia e esta estiver viciada por erro, dolo ou coação, assim como qualquer outro vício de consentimento, ocorrerá a anulação da renúncia e não retratação ou revogação.

2.9 Cessão da herança

O artigo 1.793 do Código Civil, possibilita a cessão de direitos hereditários feita através de escritura pública. A cessão ou venda da herança é a transferência dos direitos hereditários feita pelo herdeiro a outra pessoa.

Nota-se de pronto que objeto da cessão é o patrimônio a ser adquirido pela herança e não a qualidade de herdeiro. Antes da partilha não se pode cogitar do herdeiro vender ou hipotecar, parte determinada da herança a que tem direito, somente sendo possível se feita pela parte ideal.

São princípios que regem a cessão da herança, segundo Diniz (2003, p. 77 a 79):

1º) O cedente deve ter capacidade genérica para os atos da vida civil e a dispositiva, ou seja, capacidade para alienar.

2º) A cessão só será válida após a abertura da sucessão, por ser nulo qualquer negócio que tenha por objeto herança de pessoa viva. Deverá ser feita por escritura pública (CC, art. 1.793).

3º) A cessão só pode ser efetivada antes da partilha, pois se levada a efeito em momento posterior, ter-se-á uma alienação de coisa certa e determinada.

4º) O cedente transfere a sua quota-parte ideal na massa hereditária sem especificar bens, se por ventura tiver feito qualquer discriminação, esse fato não tem o condão de obrigar os co-herdeiros, sendo ineficaz (CC, art. 1793,§2º).

5º) O cessionário sucede *inter vivos* um bem ou uma universalidade de coisas, sendo sucessor a título singular.

6º) O cessionário assume, relativamente aos direitos hereditários, a mesma condição jurídica do cedente. O cessionário sub-roga-se, portanto, nos direitos do cedente (CC, art. 1.793, § 1º).

7º) O cessionário sendo sucessor a título singular, só responde pelas dívidas *intra vires hereditatis*, porque a cessão da herança não retira do cedente a sua qualidade de herdeiro, isto é, de sucessor a título universal do *de cuius*.

8º) A cessão da herança é negócio jurídico aleatório, de modo que o cessionário toma sobre si os riscos da quantidade, ou seja, de o quinhão adquirido ser menor do que o esperado.

9º) O cedente não responde, em regra, pela evicção, por ter a cessão caráter aleatório, salvo se enumerar os bens da herança e estes não existirem, ou se for privado da qualidade de herdeiro, que afirmou ter.

10º) A cessão da herança, realizada sem ciência dos credores do espólio, possibilita que o cedente seja acionado por eles, ainda que o cessionário assumira a dívida, porque para eles a alienação é *res inter alios*.

11º) A cessão onerosa realizada a estranho regula-se pelos arts. 1.794, 1.795 e parágrafo único do CC.

12º) Cessionário intervém no processo de inventário, sendo contemplado na partilha, tirando-se e seu nome o pagamento que caberia ao cedente,

desde que nenhum dos co-herdeiros use do direito de preferência antes da partilha.

13º) A cessão poderá ser rescindida havendo dolo ou qualquer outro defeito dos atos jurídicos, nos termos dos arts. 138 e seguintes do Código Civil.

O cessionário se sub-roga nos direitos e obrigações recebidos pelo herdeiro. Os co-herdeiros têm direito de preferência na cessão da herança de um outro herdeiro, devendo ser feita uma oferta para aqueles, para que possam adquirir a parte que for objeto da cessão, conforme estipula o artigo 1.794 do Código Civil. Se o co-herdeiro não tiver conhecimento da cessão, poderá depositar o valor, e requerer para si a quota cedida a estranho, segundo o artigo 1.795 do Código Civil.

2.10 Herança jacente

Se o autor da herança não tiver ascendentes ou descendentes, nem mesmo parentes colaterais, ou caso haja a renúncia pelos herdeiros legítimos, caracterizada estará a herança jacente.

Logo, “existe jacência, pois, quando, em síntese, não se sabe de herdeiros: ou porque não existem, ou porque não se sabe de sua existência, ou porque os herdeiros eventualmente conhecidos renunciaram à herança” (VENOSA, 2002, p. 63).

Existem outros casos de jacência, como é o caso do nascituro, enquanto não ocorre a concepção, assim como, também da pessoa jurídica em formação quando lhe cabe a herança deixada por testamento.

Ocorrendo a jacência incumbe ao juiz, tomando conhecimento, promover a arrecadação dos bens nomeando um administrador, assim como providenciar a venda dos bens perecíveis.

Arrecadada a herança, publica-se três editais de 30 em 30 dias, convocando eventuais herdeiros. Se no prazo de um ano da primeira publicação

aparecerem herdeiros, eles se habilitam e o processo se converte de imediato em inventário.

Caso não apareçam herdeiros e não haja nenhuma habilitação, será a herança declarada vacante, isto depois de transcorrido o prazo de um ano da primeira publicação, conforme expresso no artigo 1.820 do Código Civil.

2.11 Herança vacante

Herança vacante é aquela que não possui herdeiros. Passado um ano da primeira publicação de editais, e não havendo herdeiros habilitados, nem habilitação pendente, a herança será considerada vacante. Pode haver herança jacente, sem a vacante, mas o inverso é inconcebível.

Derradeiro segmento procedimental da herança jacente, a sentença que reconhece vacante a herança é constitutiva, nada significando em contrário o verbo declarar aplicado no texto legal pelo legislador. Os efeitos da decisão advêm de seu trânsito em julgado, ainda que sob condição resolutiva, expressa no art. 1.822 do Código Civil.

Quando todos os herdeiros chamados a suceder renunciaram a herança, ela é declarada vacante de imediato, por isso é também denominada de vacância sumária, conforme ensina Hironaka (2003, p. 192):

Renunciando todos os herdeiros chamados a suceder, sem que estes indiquem outros aptos a figurar na sucessão, proceder-se-á à declaração de vacância imediata dos bens, dispensando a lei que se proceda à fase de jacência. É o que se depreende do artigo 1.823. Tal artigo não encontra paralelo na codificação civil de 1916.

Parece mesmo que se poderia chamar a essa vacância de vacância *sumária*, em que não se faria necessária nem a arrecadação dos bens, uma vez que já teria havido inventário deste, nem a publicação dos editais, levando-se em consideração que todos os herdeiros já teriam manifestado sua intenção de se afastar da herança.

O prazo para declaração da vacância tem sentido, quando existe a possibilidade de haver algum herdeiro, a partir do momento em que todos

renunciam, não justifica mais esperar tal lapso de tempo, podendo assim a herança ser declarada vacante.

Com a sentença de declaração da vacância, os bens são destinados para a Entidade Pública onde se localizarem os bens, passando ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, passando a incorporar o domínio da União quando situados em território federal.

Essa destinação se considera propriedade resolúvel, pois, se no prazo de cinco anos da abertura da sucessão, aparecer algum herdeiro ele poderá manejar ação de petição de herança. Após transcorridos os cinco anos a propriedade se efetiva, não havendo mais possibilidade de nenhum herdeiros manejar ação de petição de herança contra a vacância, a herança será definitivamente incorporada ao patrimônio público.

2.12 Sucessão do Estado

Não sobrevivendo descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e nem parentes colaterais a herança será destinada ao Município ou Distrito Federal, ou se os bens estiverem em território federal será entregue a União.

Segundo Gomes (1978, pág. 72), “o Estado está incluído no último lugar da ordem da vocação hereditária, com a particularidade de não poder renunciar à herança devolvida, por determinação legal, ao seu patrimônio”.

Como ensina Cahali e Hironaka (2000, pág. 273):

[...] na falta de outras pessoas sucessíveis, por lei ou por testamento, herda o Município em reconhecimento da colaboração prestada ao indivíduo na aquisição e conservação da riqueza. Por índole e por conteúdo seu direito sucessório não diversifica do outorgado aos demais herdeiros e com precedência legal. A bem dizer, como lembra BUTERA, o Município é verdadeiramente o único herdeiro forçado. Para qualquer outra pessoa sucessível, física ou jurídica, vigora o princípio ‘só é herdeiro quem quer’. Como relação à pessoa de direito público, entretanto, exclui-se o princípio. O Município, *sive velit, sive nolit*, é sempre herdeiro, independentemente de aceitação, não se lhe concedendo direito de renúncia” .

O Estado recebe a herança quando não existir nenhum herdeiro sucessível, porque o patrimônio não pode desaparecer com a morte do titular, devendo então ser destinado ao Município ou a União.

2.13 Herdeiro aparente

Herdeiro Aparente é aquele herdeiro que recebe a herança aparentemente como legítimo sucessor do *de cuius*, só que após a destinação da herança para este, aparece outro herdeiro com preferência na ordem sucessória, por exemplo, a herança é destinada a um herdeiro colateral, mas em uma Ação de Investigação de Paternidade se reconhece um herdeiro descendente, neste caso a herança passará daquele herdeiro colateral, para o herdeiro descendente.

Conforme a definição de Garcia (1999, p. 728):

Herdeiro aparente, assim, é todo aquele que, ao tempo da abertura da sucessão, por aparentar a condição de herdeiro, detentor da capacidade sucessória, tenha sido chamado a suceder, recebido a herança e, depois, tenha tido esta condição infirmada.

Caso o herdeiro aparente tenha feito algum negócio jurídico envolvendo os bens do espólio, os terceiros de boa-fé que adquiriram bens da herança do herdeiro aparente, não serão prejudicados, pois predomina a teoria da aparência, considerando-se válida a negociação. O sucessor, legítimo prejudicado, somente poderá exigir do herdeiro aparente o valor pecuniário.

2.14 Indignidade sucessória

Indignidade é a pena civil infligida ao herdeiro ou legatário que dolosamente investir contra a vida, a honra ou capacidade testamentária ativa do autor da herança ou ainda seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

Segundo a definição de Beviláqua (2000, p. 119):

Indignidade é a privação do direito, cominada pela lei, a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando, ou seja, o legislador cria uma pena, consistente na perda da herança, aplicável ao sucessor legítimo ou testamentário que houver praticado determinados atos de ingratidão contra o *de cuius*.

Normalmente o sucessor é o titular da herança, logo pode invocar seu direito graças a essa qualidade, tanto pela ordem de vocação hereditária ou pela disposição de última vontade, ou seja, pela sucessão legítima ou testamentária. Só que, em se verificando que está excluído da sucessão será o herdeiro privado do direito sucessório.

A exclusão por indignidade é uma pena, como tal necessária é a propositura de uma ação ordinária para reconhecê-la, aquela é uma sanção aplicada a quem incorre em alguma das hipóteses previstas no artigo 1.814 do Código Civil, neste caso, em se tratando de rigorosa sanção civil não há possibilidade de utilização da analogia, só ocorrendo a exclusão pelos casos taxativamente previstos pela lei.

Primeiro serão considerados indignos conforme dispõe o inciso I do artigo 1.814 do Código Civil, os “que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”.

Denota-se que não seria razoável, nem moralmente explicável que alguém que seja autor de homicídio contra o sucedido herde os bens por este deixado, seria um despropósito da lei agir assim, logo, aquele que tiver dolo em crime de homicídio, praticado contra aquele cuja sucessão se trata será excluído desta. O Código Civil atual acrescentou ainda como causas da exclusão por indignidade, o cometimento de homicídio doloso contra o cônjuge, companheiro ascendente ou descendente do sucedido, o que não era previsto no Código anterior.

A lei dispõe que, o dolo é o elemento caracterizador desta causa de exclusão por indignidade, não tendo necessariamente que existir o homicídio, já

que também pune a tentativa, mas, no entanto, não cogita punição para o homicídio culposo.

Assim ensina Hironaka (2003, p. 146):

A lei civil não exige que o resultado morte se tenha verificado. Basta a tentativa. Mas se exige, isso sim a intenção, o dolo de matar. A pessoa excluída tem de ter querido o resultado morte. Se este se dá por culpa do sucessor, poderá ele participar da sucessão. Deve-se lembrar que no âmbito penal os conceitos de dolo e culpa diferem das definições que a doutrina civil empresta aos mesmos vocábulos. O dolo exigido pelo inciso I do art. 1.814 é o do direito penal, que se revela pela vontade de causar o resultado, o que vinha traduzido no Código Civil de 1916 pelo vocábulo voluntário. Também não será excluído o sucessor quando fizer prova de militar em seu favor uma causa que exclua sua intenção: assim, se agiu em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular de um direito, se errou quanto a pessoa da vítima, se ocorreu erro de execução. O mesmo se dá se não puder o agente entender o caráter delituoso do fato por loucura ou embriaguez, quando se afasta a punição criminal.

Não se pode, no entanto, considerar a inimputabilidade por menoridade penal, já que esta é aplicada no âmbito criminal devido a presunção de que o menor não entende o caráter delituoso de sua ação, se aceito esse pensamento o menor não poderá ser excluído da sucessão. Segundo nos ensina Venosa (2002, p. 82) “não seria moral, sob qualquer hipótese, que um parricida ou matricida adolescente pudesse se beneficiar de sua menoridade para concorrer na herança do pai que matou”.

No inciso II artigo 1.814 do Código Civil, está expresso que se excluem da sucessão os herdeiros, “que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro”.

O legislador buscou tratar dos crimes contra a honra de forma análoga ao Código Penal, punindo a denúncia caluniosa e distintamente tanto a calúnia, quanto a difamação e a injúria, Cahali e Hironaka (2000, p. 145) ensinam que:

A primeira, identifica-se como denúncia caluniosa, retratando crime contra a administração da justiça, por provocar processo judicial imputando ao acusado crime de que sabe ser inocente (CP, art. 339). Exige a provocação de processo criminal pelo herdeiro contra o autor da herança, pois só esta hipótese caracteriza este tipo penal. Assim, se

veiculada a ofensa em processo cível, não se verifica esta causa de exclusão, pois este comportamento não tipifica o delito aqui tratado. Neste sentido tem se orientado a doutrina e jurisprudência. Para a sua caracterização, a exemplo do inc. I, não se exige a condenação criminal. A segunda previsão deste inciso é mais abrangente ao tratar de crimes contra a honra, tipificados nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal como, respectivamente, calúnia, difamação e injúria. Entretanto, por se referir o dispositivo civil a *incurrer em crime*, forçoso é concluir que para a exclusão do herdeiro nesta hipótese, diferentemente das anteriores, é indispensável a sua prévia condenação no juízo criminal, como incurso em um dos crimes apontados, passível de caracterização inclusive se a ofensa seja direcionada contra a memória do falecido.

E por fim, em seu inciso III o artigo 1.814 do Código Civil, exclui da sucessão os herdeiros “que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”.

Neste caso, o que se procura preservar é a vontade do testador, ou seja, garantir que durante a elaboração do testamento seus bens sejam dispostos livremente. Sendo assim, caso o herdeiro utilize de fraude, simulação, coação, omissão, corrupção, falsificação, ocultação ou qualquer outro meio que importe em artifício ardiloso que busque inibir ou obstar a disposição de última vontade, será excluído da sucessão.

Os efeitos gerados pela indignidade são pessoais, com isso os descendentes do herdeiro excluído da sucessão por indignidade herdam como se morto estivesse este, tanto por estirpe como por representação.

Poderá, o ofendido reabilitar o indigno, através de testamento ou outro ato autêntico, podendo assim aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança ser admitido a suceder, conforme o artigo 1.818 do Código Civil.

2.15 Deserdação

A deserdação é o ato pelo qual o falecido exclui da sucessão, por meio de testamento, o herdeiro necessário, privando este de sua legítima devido ao cometimento de alguma causa prevista em lei.

Então, “a deserdação é, portanto, uma cláusula testamentária que, descrevendo a existência de uma causa autorizada pela lei, priva um ou mais herdeiros necessários de sua legítima, excluindo-os da sucessão” (VENOSA, 2002, p. 282).

Rodrigues (2002, p. 253) assim define, “deserdação é o ato pelo qual alguém, apontando como causa uma das razões permitidas em lei, afasta de sua sucessão, e por meio de testamento, um herdeiro necessário”.

Como se depreende, trata-se de uma faculdade conferida ao testador, que deserda ou não, vigorando amplo voluntarismo de sua parte. Em verdade, porém, se o fizer, estará atuando como juiz, e não propriamente como ascendente. Contudo, a lei não deixa tal arbítrio incondicionado, pois o testador deve mencionar a causa constitutiva e determinante da deserdação, assim como, a respectiva conformidade com o enunciado legal, posto ser inexigível a descrição minuciosa do fato, que a caracterizou.

2.15.1 Requisitos de eficácia

Para que ocorra a deserdação, necessário é que estejam presentes os seguintes pressupostos:

a) Herdeiros necessários, pois a estes é garantida a legítima, constitui a deserdação em exceção a esta garantia conferida pela lei aos ascendentes e descendentes, sendo o único meio hábil para excluí-los da sucessão. Quanto aos outros herdeiros, somente é necessário ao testador dispor de seu patrimônio sem contemplá-los.

b) Testamento válido, o testamento deve ter todos requisitos de validade. Somente por testamento pode ocorrer a deserdação, “nenhum outro instrumento serve para tal fim porque nenhum é tão solene quanto aquele capaz, por isso, de chamar a atenção do testador para a seriedade do ato que está praticando” (RODRIGUES, 2002, p. 256). Sendo nulo o testamento, nula será a cláusula de deserdação.

c) Fundamentação em causa expressamente prevista em lei, causas estas que estão explicitadas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, o legislador não quis deixar ao arbítrio do testador a decisão sobre quais as hipóteses em que se pode considerar o herdeiro ingrato, pois poderiam ser consideradas ofensas sem gravidade como causas de exclusão da sucessão, por isso relacionou os casos em que, por sua considerável gravidade, permite a deserdação (RODRIGUES, 2002, p. 256).

d) Comprovação da veracidade do motivo alegado através de ação judicial. Mesmo estando expresso o motivo da deserdação no testamento é necessária a sua comprovação através de ação ordinária que demonstre a veracidade da causa alegada pelo testador, sendo esta intentada pelo herdeiro instituído que ocupar a posição do deserddado.

2.15.2 Causas que autorizam a deserdação

Os herdeiros podem ser privados de sua legítima, ou seja, deserddados, em todos os casos em que podem ser excluídos por indignidade, conforme artigo 1.961 do Código Civil. Além destes a deserdação funda-se, conforme o previsto no Código Civil em seu artigo 1.962 em:

- I - Ofensa física;
- II - Injúria grave;
- III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Quanto a deserdação por parte dos descendentes, Diniz (2003, p. 160) faz a seguinte ponderação:

O descendente, por sua vez, está autorizado a deserdar o ascendente, se ocorrerem não só os motivos justificadores da exclusão por indignidade (CC, art. 1.814), mas também as causas enumeradas no Código Civil, art. 1.963: ofensas físicas, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou neta, e desamparo do descendente (filho ou neto) em estado de deficiência mental ou grave enfermidade.

Ressalte-se que tanto para o descendente quanto para o ascendente, a causa justificante da deserdação, deve estar claramente expressa no testamento.

2.15.3 Efeitos da deserdação

Os efeitos da deserdação são personalíssimos, atinge somente o herdeiro excluído, por isso os seus sucessores herdam por direito de representação, como ensina Rodrigues (2002, p. 261):

A sentença reconhecendo a validade da deserdação só alcança a pessoa do deserdado. Aqui, como no caso de indignidade, trata-se de pena aplicada a alguém que procedeu com desamor para com o autor da herança. Como pena que é, não pode passar da pessoa do delinqüente. De modo que, embora deserdado fique privado de sua legítima e de tudo o que lhe negar o testador, seus sucessores o representam, na sucessão de que foi afastado, como se ele morto fosse. Apenas, não cabe ao deserdado o usufruto sobre os bens assim recebidos por seus filhos menores, pois, caso contrário, iria beneficiar-se indiretamente com aquilo que o testador, diretamente, recusou-lhe.

Depois que feita a partilha do acervo hereditário para os herdeiros, aquele que sofrer deserdação ficará com seu quinhão reservado, durante o transcorrer da ação judicial, sendo esta deferida, esse quinhão irá para os herdeiros do deserdado que herdam por representação.

3 SUCESSÃO LEGÍTIMA

Sucessão legítima é aquela que decorre exclusivamente da lei, sem que haja qualquer influência da vontade do autor da herança. É também chamada de *ab intestato*, já que nessa forma de sucessão não há testamento, ou havendo, este é considerado nulo ou caduco, assim não há vontade expressa do *de cujus*, já que a lei é quem regula a ordem de sucessão.

3.1 Vocaço hereditria

A ordem de vocao hereditria vem estabelecida no artigo 1.829 do Cdigo Civil:

Art. 1.829. A sucesso legtima defere-se na ordem seguinte:
I – aos descendentes, em concorrncia com o cnjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunho universal, ou na da separao obrigatria de bens (art. 1.640, pargrafo nico); ou se, no regime da comunho parcial, ou autor da herana no houver deixado bens particulares;
II – aos ascendentes, em concorrncia com o cnjuge;
III – ao cnjuge sobrevivente;
IV – aos colaterais.

A finalidade dessa ordem beneficiar os membros da famlia, j que a existem os maiores vnculos afetivos do autor da herana. O legislador divide os sucessores em vrias classes estabelecendo entre elas uma preferncia, de modo que a existncia dos herdeiros de uma classe preferencial, exclui os outros pertencentes a classes subseqentes.

Venosa (2002, p. 90) aponta que:

A ordem de vocao hereditria fixada na lei vem beneficiar os membros da famlia, pois o legislador presume que a residam os maiores vnculos afetivos do autor da herana. Hoje, o conceito de famlia deve ser revisto. H uma tendncia de o mbito familiar ficar cada vez mais restrito a pais e filhos, sendo bastante tnues, de modo geral, os

vínculos com os colaterais. Por outro lado, o próprio legislador vem dando guarida às ligações estáveis sem casamento, com reflexos no campo patrimonial, como faz o Código Civil de 2002.

Dentro da ordem de vocação hereditária há duas espécies de sucessão, sendo uma denominada por cabeça ou *per capita* e outra denominada por estirpe ou *in stirpis*. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes³, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau, segundo o art. 1.835 do Código Civil.

3.1.1 Sucessão dos descendentes

Os descendentes são herdeiros necessários, logo o autor da herança não pode doar ou dispor em testamento, mais da metade de seus bens, porque compõem a legítima, ou seja, se tratam de bens indisponíveis e caso ocorra a doação destes será invalidada, sendo estes trazidos obrigatoriamente à colação pelo donatário, estando disposto em testamento este não terá validade.

Quando todos os descendentes estão no mesmo grau a herança será dividida por cabeça, sendo esta repartida em tantas partes quanto forem os herdeiros, recebendo uma quota calculada pela divisão do monte-mor pelo número de herdeiros, individualmente considerados.

Havendo descendentes de graus diversos concorrendo na sucessão, a divisão da herança será por cabeça ou estirpe. Na sucessão por cabeça há a divisão em partes iguais, já na por estirpe os quinhões dos herdeiros se calculam dividindo-se o monte-mor pelo número de linhagens do *de cujus* (DINIZ, 2003, p. 104). Temos como exemplo, o caso em que o autor da herança tinha dois filhos, sendo que um deles já falecera, porém deixara três filhos, ou seja, netos do autor da herança. Neste caso a herança se divide em duas partes, ficando a primeira parte com o filho ainda vivo e a segunda parte se divide entre os netos, que sucedem representando o pai falecido. Ocorre o que se denomina herança por direito próprio e herança por representação.

³ Por exemplo, netos.

3.1.2 Sucessão dos ascendentes

A herança é destinada aos ascendentes em concorrência com o cônjuge supérstite, quando não existe descendente em qualquer grau. Na sucessão dos ascendentes não há representação, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas, então caso o *de cujus* não tenha deixado filhos e tiver pai, este exclui o avô, o bisavô e assim sucessivamente, conforme o artigo 1.836, § 1º do Código Civil.

Na falta de ambos os pais do autor da herança, herdarão os avós da linha materna e paterna, partilhando o acervo hereditário entre eles, sem fazer qualquer distinção quanto à origem dos bens (DINIZ, 2003, p. 108). Por exemplo, havendo dois avós paternos e um materno, deduzida a metade do cônjuge, o que sobrar da herança é dividido pela metade, uma para os avós paternos e a outra para o avô materno. Esta regra é seguida enquanto existirem ascendentes em grau mais remoto, no entanto a divisão por linha só acontece uma vez.

3.1.3 Sucessão do cônjuge e do convivente supérstite

3.1.3.1 Sucessão do cônjuge

O Código Civil atual instituiu a concorrência entre os descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente na sucessão hereditária, o que fez no artigo 1.829, I a III, que assim dispõe:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III – ao cônjuge sobrevivente;

O legislador buscou claramente proteger o cônjuge na sucessão, fazendo este concorrer com os descendentes e, também, com os ascendentes, tendo deixado explícito no artigo 1.838 do Código Civil, que “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Exerce o regime de casamento grande influência na sucessão relativa ao cônjuge, segundo nos ensina Gomes (2002, p. 11):

[...] a concorrência não ocorrerá se o cônjuge sobrevivente for casado no regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens, subsistindo, nessas hipóteses, com toda força, o regime de bens escolhido pelo casal, sendo certo que, no primeiro regime, de comunhão universal, por óbvio, a própria meação constitui garantia suficiente ao sobrevivente.

Igualmente não se dará a concorrência se o autor da herança, casado no regime da comunhão parcial de bens, não houver deixado bens particulares. Nesse caso, prevaleceu o direito de suceder dos herdeiros legítimos, excluindo expressamente o legislador, por cautela, a possibilidade de participação do cônjuge sobrevivente.

Por conseguinte, o cônjuge sobrevivente só terá direitos sobre a herança, se for casado pelo regime de comunhão parcial de bens, tendo o falecido deixado bens particulares, ou sendo casado pelo regime da separação convencional de bens ou ainda o sendo pelo regime de participação final nos aqüestos. Essas são as três hipóteses de regime de casamento que comportam a concorrência com os ascendentes ou descendentes, caso o casamento seja pelo regime da comunhão universal de bens, o cônjuge supérstite tem que se contentar apenas com a meação. Isto é o que nos mostra Diniz (2003, p. 111):

É preciso ressaltar que o regime de separação de bens no casamento e a existência de cláusula de incomunicabilidade no pacto antenupcial não interferem na ordem de vocação hereditária do consorte sobrevivente (TJSP, ADCOAS, n. 90.443, 1983), não havendo concorrência com descendente, pois, nessa hipótese, não poderá ser chamado a suceder o *de cuius*, se com ele era casado sob o regime da comunhão universal (caso em que retira apenas sua meação) ou da separação obrigatória de bens (CC, art. 1640, parágrafo único), ou, ainda, da comunhão parcial, não havendo bens particulares do autor da herança (CC, art. 1.829, I). Portanto, o cônjuge supérstite em concorrência com os descendentes herdará apenas se for casado pelo regime de comunhão parcial, em caso de ter o *de cuius* deixado bens particulares; pelo da separação convencional de bens (CC, arts. 1.687 e 1.688) e pelo de participação final nos aqüestos (CC, arts. 1.672 a 1.685). Nesta última hipótese o sobrevivente conserva seu patrimônio particular, retira sua meação e

concorre como herdeiro necessário à herança do *de cuius*, composta pelos bens particulares e pela meação deste. Se concorrer com descendente do falecido cônjuge, terá direito a 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 (CC, art. 1.832).

Concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes comuns (filhos de ambos os cônjuges), a partilha se dará: sendo até três descendentes será por cabeça, ou seja, em partes iguais; se existirem mais de três filhos, um quarto da herança será destinado ao cônjuge e o restante será dividido entre os descendentes, por cabeça.

Na concorrência entre o cônjuge supérstite e os descendentes somente do autor da herança, a divisão será feita por cabeça, estando o cônjuge na mesma posição dos descendentes, sendo partilhada a herança em partes iguais.

Já em relação a concorrência do cônjuge sobrevivente e os ascendentes do autor da herança, tem-se a seguinte regra: sendo os ascendentes de primeiro grau, existindo apenas um deles se divide em duas partes, uma para o ascendente e outra para o cônjuge; sendo dois os ascendentes, se divide em três partes iguais, uma para o cônjuge e uma para cada ascendente; se tratando de ascendentes em segundo grau ou grau mais distante, metade da herança irá para o cônjuge supérstite e a outra metade para os ascendentes.

Na falta de descendente e de ascendente, o cônjuge herdará com exclusividade. Toda a herança será a ele destinada, salvo se houver disposição de última vontade em contrário.

O cônjuge, segundo o artigo 1.845 do Código Civil, é considerado herdeiro necessário, tendo assim garantido metade dos bens da herança, que são aqueles que compõe a legítima.

Tem o cônjuge supérstite direito ao usufruto vidual, segundo está explicito no artigo 1.831 do Código Civil:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será 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 daquela natureza a inventariar.

Cabe ressaltar que o cônjuge sobrevivente só terá direitos sucessórios se ao tempo da morte do outro, não estava o casal separado judicialmente nem de fato a mais de dois anos, exceção se provado nesse caso, que a convivência tenha se tornado impossível sem a culpa do sobrevivente, conforme artigo 1.830 do Código Civil. O cônjuge também poderá ser excluído da sucessão por indignidade ou deserdação.

3.1.3.2 Sucessão do convivente

O legislador procurou proteger ambas as entidades familiares, tanto a formada pelo casamento, como a que decorre da união estável entre homem e mulher, conferindo inequívoco privilégio a primeira, mas não deixando de conferir aos conviventes direitos sucessórios, entretanto claramente inferiores aos do cônjuge supérstite. No Código Civil atual o direito do companheiro se encontra nas disposições gerais, já que ele não é considerado herdeiro necessário, sendo apenas possuidor de direitos sucessórios.

A Lei n. 8.971, de 29.12.1994, regulou o direito dos conviventes a alimentos e a sucessão, posteriormente houve a promulgação da Lei n. 9.278, de 10.05.1996, a qual regulamentou o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que prevê o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, a citada lei assegura aos companheiros, dentre outros direitos, o de herdar.

Atualmente está previsto o direito de herança ao convivente no Código Civil em seu artigo 1.790, que dispõe a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Por isso, hoje o companheiro só participa da sucessão dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, devendo a mesma estar vigente no momento da morte do companheiro, para que o outro herde.

O artigo 1.790, I a IV do Código Civil, tratando da sucessão dos companheiros, estipula as seguintes condições para a divisão dos bens, adquiridos na vigência da união estável:

Primeiro, o companheiro herda a quota equivalente a que for atribuída por lei ao filho em comum que tem com o *de cujus*.

Segundo, o convivente herda a metade do que competir ao filho, caso todos os filhos do *de cujus* não tenham vínculo parental consigo. Por exemplo, se o convivente, concorre com quatro descendentes, e estes são filhos somente do *de cujus*, herdará 1/8 da herança. Porém, se um filho também for seu e os outros três só *de cujus*, herdará 1/5 da herança.

Terceiro, concorrendo com qualquer outro herdeiro do convivente (ascendentes ou colaterais até 4º grau), terá direito a 1/3 da herança. Isto é motivo de críticas, como faz Hironaka (2003, p. 56):

Por fim, andou mal o legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, por recriar o privilégio dos colaterais até o quarto grau, os quais passam a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária. Assim, morto alguém que vivia em união estável, os primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o convivente supérstite. Na falta de descendentes, serão chamados os ascendentes em concorrência com o convivente sobrevivente. Na falta também destes e inexistindo, como é óbvio, cônjuge que amealhe todo o acervo, serão chamados os colaterais até o 4º grau ainda que em concorrência com o convivente, uma vez que, afinal, são também os colaterais parentes sucessíveis. E só na falta destes será chamado o convivente remanescente para, aí sim, e, só agora, por direito próprio, adquirir a totalidade do acervo. É flagrante a discrepância.

Por fim, estipula o artigo 1.790, IV do Código Civil, não havendo parentes sucessíveis o convivente terá direito a totalidade da herança, mas no *caput* do mesmo artigo está previsto que o companheiro, só participará da sucessão do outro, em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Devido a isto, o legislador dá margem a interpretação de que quanto aos outros bens, adquiridos de outra forma que não seja onerosa, ou mesmo oneroso que fora adquirido antes da união estável, se destine ao Município, porque não há parentes sucessíveis, seguindo o que dispõe o artigo 1819 do Código Civil.

Claramente esta não seria a solução mais sensata para o caso, pois o artigo 1.844 do Código Civil, prevê que os bens sejam destinados ao Município, quando não estiver vivo, o cônjuge ou companheiro, garantindo assim o direito do convivente, sobre aqueles bens que pela sucessão do artigo 1.790 do Código Civil, não poderiam ser adquiridos. Por isso deve-se entender que não havendo herdeiros sucessíveis herdará toda a herança, inclusive os bens anteriores à união estável.

Realmente há uma disparidade entre os direitos garantidos ao cônjuge e ao convivente supérstite, conforme o comentário de Rodrigues (2002, p. 119):

Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

Evidente que os conviventes estão em desvantagem em relação aos cônjuges, possuindo estes direitos que não são garantidos aos conviventes supérstites, como nos mostra Gomes (2002, p. 13):

De pronto, podem ser apontadas as seguintes vantagens nos direitos sucessórios dos cônjuges em relação aos direitos sucessórios de conviventes supérstites:

A – O convivente concorre somente nos aqüestos, isto é, nos bens adquiridos durante a vigência da união estável. O cônjuge, quando concorre, participa de toda a herança.

B – O convivente tem sim participação diminuída à metade na concorrência com os descendentes exclusivos do autor da herança, diversamente do que ocorre com o cônjuge, pois lhe toca quinhão igual “ao dos que sucedem por cabeça” (art. 1.832).

C – Não é previsto o direito real de habitação sobre o imóvel do casal para o convivente sobrevivente, embora seja para o cônjuge.

D – Não há, para o convivente, garantia da quarta parte na herança, como ocorre para o cônjuge, na concorrência com filhos comuns (art. 1.832).

E – O convivente não foi alçado à condição de herdeiro necessário.

O direito real de habitação não foi conferido pelo atual Código Civil ao convivente, mas continua sendo garantido pelo artigo 7º, parágrafo único, da L. 9.278, de 10.05.1996, pois como não há incompatibilidade com o Código Civil

atual, ele continua em vigor garantindo assim o direito de habitação ao companheiro supérstite.

3.1.4 Sucessão dos parentes colaterais

Os colaterais são os parentes que são chamados a suceder na falta de descendentes, ascendentes, convivente e de cônjuge sobrevivente, são os irmãos, tios, sobrinhos, primos.

São chamados a suceder os colaterais até quarto grau, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos e nesta sucessão há o direito de representação dos filhos de irmãos, ou seja, os sobrinhos que concorrem com o irmão do falecido por estirpe.

Entre irmãos que são colaterais de segundo grau existem regras próprias, porque pode acontecer que os irmãos não tenham idêntico vínculo de sangue. Na sucessão poderão concorrer irmãos bilaterais (filhos do mesmo pai e da mesma mãe) e unilaterais (filhos apenas do pai ou da mãe).

O artigo 1.841 do Código Civil dispõe que “concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”, por isso se o falecido deixou, por exemplo três irmãos, sendo um unilateral e dois bilaterais deixando um patrimônio de \$ 50.000,00,deverá se dividir o valor do patrimônio por cinco, já que cada herdeiro bilateral corresponde a dois unilaterais, então temos que cada bilateral receberá \$ 20.000,00 e o unilateral receberá \$ 10.000,00.

Caso sejam os filhos todos bilaterais ou somente unilaterais, a divisão da herança será em partes iguais. Caso algum irmão seja falecido, os filhos o representarão, herdando o que herdaria o representado.

Se o autor da herança não tem irmãos deixando apenas tios e sobrinhos, apesar de estarem no mesmo grau de parentesco, sendo colaterais de terceiro grau, o legislador estabeleceu a preferência do sobrinho do autor da herança em detrimento do tio. Se somente concorrerem a herança filhos de irmãos falecidos todos bilaterais ou unilaterais, a sucessão é por cabeça e não por estirpe, sendo

que caso haja concorrência de filhos de irmãos bilaterais com filhos de unilaterais, cada unilateral receberá metade do que receber o sobrinho, filho de irmão bilateral, seguindo a mesma regra para a divisão de herança entre irmãos bilaterais e unilaterais.

Logo depois dos sobrinhos chamam-se os tios do falecido, depois os sobrinhos-netos, tios-avós e primos irmãos do autor da herança, que são parentes colaterais em quarto grau. Nestes casos não existe representação, sucedendo por direito próprio herdam todos igualmente, sem distinção alguma.

3.2 Herdeiros necessários

São herdeiros necessários, segundo o artigo 1.845 do Código Civil, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Observe-se que eles deverão ser sucessíveis, não podendo estar excluídos da sucessão por indignidade ou deserdação.

Hironaka (2003, p. 250) traz a seguinte definição:

Entendem-se por herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido. Quer isso significar que apenas quando fundamentado em fato caracterizador de ingratidão por parte de seu herdeiro necessário poderá o autor da herança dela afastá-lo, e, ainda assim, apenas se tal fato estiver previsto em lei como autorizador de tão drástica consequência.

Encontra-se garantido ao herdeiro necessário, metade dos bens da herança, não podendo o testador dela dispor, a essa metade da herança dá-se no nome de legítima, a outra metade é a quota disponível.

O cálculo da legítima é feito sobre o valor dos bens que pertencem ao testador existentes na abertura da sucessão, abatida as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se posteriormente o valor dos bens sujeitos a colação, conforme o artigo 1.847 do Código Civil.

3.3 Direito de representação

A sucessão pressupõe que a herança seja deferida ao herdeiro mais próximo, mas é concedida por representação quando alguém é chamado a suceder em lugar daquele, desde que esteja o parente pré-morto, ausente ou sendo este incapaz de suceder. Segundo o artigo 1.851 do Código Civil, quando a pessoa é chamada na sucessão em substituição a um parente, sucede em todos os direitos como se vivo fosse o representado.

Isso acontece para não ocorrer injustiças, como bem aponta Rodrigues (2002, p. 134):

A instituição se funda no propósito de evitar a injustiça que ocorreria se pudesse um descendente mais remoto ser afastado da sucessão, pela circunstância eventual de haver seu descendente próximo falecido antes do mais distante. Seria iníquo que o neto não pudesse concorrer à sucessão do avô por ter seu pai, filho daquele, pré-morrído ao mesmo.

O direito de representação existe na linha reta descendente e, excepcionalmente, na colateral, mas nunca na linha ascendente, pois nesta a regra é de que o parente mais próximo exclui o mais remoto prevalece sem qualquer exceção (RODRIGUES, 2002, p. 136).

3.3.1 Requisitos do direito de representação

O primeiro deles é que, o representado tenha falecido antes do representante, faltando isso não se tem a aptidão exigida por lei para a participação na sucessão aberta. Ressalte-se que nas hipóteses de ausência, indignidade e deserdação, não se pode exigir esse requisito, visto, a sucessão ocorrer nestes casos, por que a lei os considera como se mortos fossem.

Como segundo requisito é estipulado que o representante seja descendente do representado, assim como ensina Rodrigues (2002, p. 137):

O requisito de que o representante descender do representado é fundamental, porque a representação se caracteriza pela chamada do descendente para substituir o ascendente em uma sucessão. Quando a representação é feita na linha reta, o filho substitui o pai na sucessão do avô, e assim por diante. Quando se dá na linha colateral, o filho substitui seu pai, na sucessão de um tio, em concorrência com outros tios. Em todas as hipóteses, mister se faz que o representado seja sucessor do representado.

O terceiro requisito é que o representante esteja legitimado para herdar do representado, no momento da abertura da sucessão. Se o representante renuncia a herança de seu pai, tanto quanto, considerado indigno, não poderá herdar. Como nos ensina Hironaka (2003, p. 272):

[...] o filho ou filha afastado por indignidade ou deserção da sucessão de seu pai ou de sua mãe não poderá representá-lo(a) na sucessão agora aberta de seu avô ou avó. É que o intuito da lei é claro: repor a ordem cronológica das mortes normalmente verificada no decorrer da vida humana, em que o mais velho precede o mais novo no túmulo. Assim, a lei entende que o pré-morto teria já recebido os bens de seu pai ou mãe, quando de sua morte, crescendo o quinhão que lhe caberia ao seu patrimônio. E, se o herdeiro mais novo esteve afastado da sucessão do pré-morto, não tendo recebido a parte que lhe caberia, não pode também agora representá-lo na sucessão excepcionalmente aberta depois (no sentido de que o esperado era que essa sucessão tivesse precedido a outra).

E, por fim, a inexistência de continuidade entre representado e representante, ou seja, que não seja rompida a cadeia de parentesco, assim sendo, não se permite que herde parente intermediário. Quer isso significar que, o neto não pode saltar o pai, herdeiro com aptidão para adquirir *mortis causa*, para representá-lo na sucessão do avô (HIRONAKA, 2003, p. 273).

4 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária é aquela modalidade sucessória em que a herança é transmitida aos herdeiros através de disposição de última vontade, por meio de testamento.

Diniz (1998, p. 454) assim define sucessão testamentária:

É aquela em que a transmissão hereditária se opera por ato de última vontade, revestido de solenidade requerida por lei, prevalecendo as disposições normativas naquilo que for *ius cogens*, bem como no que for omissivo o testamento. Denomina-se também “sucessão voluntária”.

Na sucessão testamentária o autor da herança escolhe quem ficará com seus bens, apontando em testamento, enquanto na sucessão legítima quem aponta os herdeiros é a lei.

4.1 Testamento

Como ensina Pontes de Miranda (1984, p. 59), “testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos”.

O Código Civil pátrio não define o que é testamento, mas o Código Civil Português o faz em seu artigo 2.179 ao colocar:

Art. 2.179. Diz-se testamento o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. As disposições de caráter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um ato revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de caráter patrimonial.

Cabe ao testador elaborar o testamento, sendo esse ato personalíssimo não pode ser feito por mandatário, tendo previsto o Código Civil em seu artigo 1.863 a proibição de testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

O testador pode revogar a qualquer momento o testamento, desta forma pode revogar o ato de última vontade seguindo a herança as regras da sucessão legítima. O Código Civil em seu artigo 1.858, prevê que o testamento pode ser mudado a qualquer tempo, o que não era previsto no Código anterior de 1916.

4.1.1 Características

As principais características do testamento são:

a) Ato personalíssimo: é um ato que compete privativamente ao autor da herança, não pode ser feito por mandatário.

b) Negócio jurídico unilateral: só pode ser feito pelo testador, aperfeiçoa-se com uma única manifestação de vontade, a do autor da herança, não importando se vai ser aceita a herança pelo herdeiro. A adesão do beneficiado pelo testamento vincula apenas à produção de seus efeitos.

c) Ato solene: devem ser seguidas as formalidades impostas pela lei na elaboração do testamento, este não é apenas um negócio jurídico formal, mais que isso, é, provido de formalidades especiais, prescritas em lei. Como nos mostra Nonato (1957, p. 198):

[...] com o afirmar ser o testamento ato formal e solene a proposição se enuncia de ser ele eficaz somente se torna uma das formas expressamente admitidas na lei e guarda, pontualmente, todos os requisitos essenciais determinados para cada uma das formas admitidas

Não sendo seguidas as formalidades expressas em lei há nulidade absoluta do testamento.

d) Revogabilidade: a revogação é da própria essência do testamento, não sendo necessário dizer qual o motivo do ato, mesmo sendo válido apenas após a morte do testador, a lei quer que a vontade seja livre, admitindo a sua modificação, no todo ou em parte, de modo que o testamento posterior revoga o anterior apenas no que concerne às disposições de ordem patrimonial (DINIZ, 2003, p. 145). É irrenunciável a liberdade de revogar ou mudar as disposições testamentárias, qualquer cláusula que proíbe a revogação de testamento é nula, conforme está expresso no artigo 1.969 do Código Civil.

e) Gratuidade: o testamento é gratuito, por isso o beneficiário não pode ter nenhuma despesa, nem em forma de contraprestação, este não pode ser fato gerador de uma obrigação para o herdeiro, pois ele não tem como objetivo a obtenção de vantagens para o testador.

f) Produção de efeitos *causa mortis*, porque, destinando-se o testamento a produzir efeitos após o falecimento do testador, ocorrendo este fato, torna-se irrevogável e definitivo (DINIZ, 2003, p. 146). A morte do testador é condição de eficácia para o testamento, antes desta sua eficácia é contida.

4.1.2 Capacidade testamentária

A partir do momento que o testamento é um negócio jurídico, para sua validade necessita-se de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, sendo assim, carece de legitimidade ativa tanto quanto a passiva para ser válido.

Diniz (2003, p. 147), define capacidade testamentária como:

[...] conjunto de condições necessárias para que alguém possa, juridicamente, dispor de seu patrimônio por meio de testamento, ou ser por ele beneficiado. Assim, quando o testador tiver capacidade para testar, terá capacidade testamentária ativa; para tanto, será preciso inteligência e vontade, ou seja, discernimento, compreensão do que representa o ato, e manifestação exata do que pretende o agente. Terá capacidade testamentária passiva todo aquele que for capaz para adquirir bens por meio de testamento.

Em regra todas as pessoas tem capacidade para testar⁴, mas a lei aponta as pessoas incapazes de fazer e também de receber testamento, ou seja, capacidade ativa e passiva, existe ainda a divisão da incapacidade testamentária tanto ativa como passiva, em absoluta e relativa.

4.1.2.1 Capacidade testamentária ativa

A capacidade para ser testador é a regra, sendo a incapacidade exceção, por isso nos cabe analisar quem são incapazes, que são as pessoas descritas pelo artigo 1.860 do Código Civil, ou seja, além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Sendo assim, as pessoas que não estão em condições de exprimir sua vontade livre e conscientemente não podem testar, mesmo tendo um curador, este não pode representá-lo já que o ato de testar é pessoal. Também os menores de 16 anos, porque são absolutamente incapazes não podem testar, não somente estes, como também todos os incapazes que segundo o ensinamento de Diniz (2003, p. 149/150) são:

a) os que, ao testar, não estiverem em seu perfeito juízo, por estarem enfermos ou sujeitos a hipnotismo, a delírios persecutórios, a espasmo cerebral seguido de hemiplegia (RT, 244:566), a arteriosclerose, a embriaguez, a intoxicações provocadas por remédios ou entorpecentes, a sonambulismo etc., hipótese em que perdem as condições de reflexão, de plena consciência, de serenidade de espírito, imprescindíveis para o ato de disposição de última vontade; b) os surdos-mudos que não puderem manifestar sua vontade. Portanto, se receberam educação apropriada, sabendo ler ou escrever, poderão testar, por meio de testamento cerrado, na forma do art. 1.873 do Código Civil. Não lhes será permitido fazer testamento sob a forma pública, porque só será tido como habilitado para tanto o que puder fazer de viva voz suas declarações, e verificar, pela sua leitura, se foram fielmente exaradas, nem elaborar testamento particular, que requer a sua leitura pelo testador perante testemunha.

⁴ Exceto as pessoas jurídicas, pois como a transmissão dos bens pelo testamento depende da morte do testador e esta nunca morrerá, não poderá testar.

Ainda não podem testar as pessoas jurídicas, pois os bens se transmitem por testamento logo após a morte, como as pessoas jurídicas não estão sujeitas a morte, não poderão então fazer testamento, isso se verifica da leitura do artigo 1.857 do Código Civil. Ora, se se trata de pessoa jurídica perpétua, o testamento, ato *causa mortis*, não teria razão de ser; se temporária, a previsão de sua extinção deixaria de justificar o ato de que se trata (BEGALLI, 2001, p. 86).

4.1.2.2 Capacidade testamentária passiva

A legitimidade testamentária passiva é aquela capacidade de receber os bens deixados por testamento, possuem essa qualidade as pessoas enumeradas nos artigos 1.798 e 1.799 do Código Civil que dispõe:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II – as pessoas jurídicas;

III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Então, são aptas para receber a herança as pessoas que estão vivas no momento em que o autor da herança faleceu, ou então, que estejam concebidas, pois a pessoa que não estiver concebida quando for aberta a sucessão não poderá herdar, salvo a hipótese do art. 1.799, I, do Código Civil.

Também podem ser chamados a suceder os filhos não concebidos de pessoa que o testador indicou no testamento, o legado ficará assegurado até que a criança venha a nascer.

A capacidade para receber testamento existe também para as pessoas jurídicas, como possuem personalidade jurídica estas podem ser beneficiadas por testamento.

4.2 Formas de testamento

O Código Civil disciplina as formas de testamento, sendo elas divididas em formas ordinárias e especiais. Na verdade elas têm idênticos efeitos sucessórios, servindo essa divisão apenas para identificar as formalidades que devem ser seguidas na elaboração do testamento.

Observa-se que, cada classe de testamento possui um conjunto de formalidades. O testador tem liberdade de escolha quanto a forma testamentária a ser utilizada para a disposição de última vontade de seus bens.

Contudo tal liberdade é limitada, como por exemplo, quando o testamento for feito em idioma estrangeiro, será obrigatoriamente cerrado ou por instrumento particular⁵ ou ainda quando uma pessoa se encontra em uma embarcação marítima ou em atividade bélica, sua única opção é fazer um testamento especial.

4.2.1 Formas ordinárias de testamento

Os testamentos ordinários são aqueles colocados à disposição de todos que tenham capacidade ativa para testar. Os testamentos ordinários podem ser lavrados de três modos distintos, podendo ser público, cerrado ou particular.

4.2.1.1 Testamento público

O testamento público é aquele feito pelo Cartório de Tabelionato de Notas, quando solicitado pelo testador, sendo redigido um documento escrito, com a manifestação de última vontade do testador.

Diniz (2003, p. 166), assim define:

⁵ Será por instrumento particular, porque o instrumento público somente poderá ser feito em língua portuguesa, língua oficial do país.

O testamento público é o lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal em livros de notas, de acordo com a declaração de vontade do testador, exarada verbalmente, em língua nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas idôneas ou desimpedidas.

Venosa (2002, p. 159) ensina que:

Essa forma de testamento é a que apresenta maior segurança, pois ficará registrada em cartório. Sua maior desvantagem é não guardar segredo sobre a vontade do testador. É um ato aberto, no qual um oficial público exara a última vontade do testador, conforme seu ditado ou suas declarações espontâneas, na presença de cinco testemunhas no sistema de 1916 e de apenas duas testemunhas no Código de 2002.

Este tipo de testamento possui vários requisitos essenciais que devem ser seguidos, caso contrário será considerado nulo, requisitos estes que estão previstos no artigo 1.864 do Código Civil, são eles:

I – ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II – lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III – ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Então, esta forma testamentária exige a lavratura por escritura pública, por tabelião ou por quem o esteja substituindo, tendo o testador que comparecer pessoalmente e manifestar a vontade de fazer o testamento. O testamento deverá ser redigido na presença de duas testemunhas, estas devendo estar presentes desde a chegada do testador até a conclusão do testamento, após ser feito, este é lido em voz alta pelo tabelião ou o próprio testador e depois será assinado pelo tabelião, testador e testemunhas.

Nem todas as pessoas podem fazer testamento de forma pública, o mudo e o surdo-mudo, mesmo que saibam ler e escrever, não podem fazer este tipo de testamento, já que o testador tem que fazer suas declarações verbalmente.

Diniz (2003, p. 172) assinala que poderão testar publicamente:

1º) O indivíduo que puder declarar de viva voz sua vontade, e verificar, pela sua leitura, haver sido fielmente exarada; logo, o mudo não poderá testar por essa forma, e muito menos o surdo-mudo, ainda que saiba ler e escrever, porque, além de não poder ouvir a leitura do testamento.

2º) O inteiramente surdo, que, sabendo ler, lerá seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas (CC, art. 1.866). Assim, a pessoa por ele designada para proceder à leitura da disposição testamentária não poderá ser uma das duas testemunhas instrumentárias, mas uma terceira pessoa, que será uma testemunha suplementar, e lerá, de viva voz, o testamento, na presença das instrumentárias.

3º) O cego, a quem só será permitida essa forma de testamento, que lhe será lido em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal e outra por uma das testemunhas designadas pelo testador, fazendo-se de todas as ocorrências (nome da testemunha indicada pelo testador e dupla leitura) circunstanciada menção no testamento (CC. art. 1.867), sob pena de nulidade (RT, 177:254, 184:921, 325:19).

O testador pode fazer seu testamento em qualquer cartório do território nacional, não há exigência de local determinado, ocorrerá nulidade se o tabelião sair do cartório e se dirigir até o local onde está o testador. O procedimento judicial que regula o testamento público está previsto nos artigos 1.128 e 1.129 do Código de Processo Civil.

O testamento pode conter disposições extrapatrimoniais, não se limitando apenas a questões patrimoniais. Sendo o testamento público, segundo Lucena (2000, p. 171) “qualquer pessoa poderá conhecer o seu conteúdo, requerendo ao tabelionato certidão do ato, afastando-se assim a possibilidade de manter-se segredo a respeito do testamento”.

4.2.1.2 Testamento cerrado

O testamento cerrado é aquele escrito em caráter sigiloso, elaborado e assinado pelo testador ou alguém a seu rogo, tendo que ser complementado por instrumento ou auto de aprovação na presença de duas testemunhas.

Monteiro (1993, p. 111), assim define:

Testamento cerrado, às vezes chamado secreto ou místico, é o escrito pelo próprio testador, ou por alguém a seu rogo, com caráter sigiloso, completado pelo instrumento de aprovação lavrado por oficial público, presentes cinco testemunhas⁶.

Este tipo de testamento é também chamado de secreto ou místico devido ao seu caráter sigiloso, onde apenas o testador conhece o conteúdo.

Os elementos que compõem o testamento são a cédula ou carta testamentária que contém as disposições de última vontade e o auto ou instrumento de aprovação, lavrado pelo tabelião para assegurar a autenticidade do ato, visto que atesta a identidade do testador e das testemunhas (DINIZ, 2003, p. 173).

O artigo 1.868 do Código Civil descreve os requisitos essenciais para o testamento cerrado que são:

a) A cédula testamentária escrita pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, desde que não seja herdeiro ou legatário, podendo a mesma ser redigida em língua nacional ou estrangeira.

b) O testamento deve ser assinado pelo testador quando foi ele quem redigiu, se feito por outra pessoa será assinada a rogo do testador.

c) O testador deve entregar a carta testamentária ao oficial público na presença de duas pessoas, declarando que aquele é seu testamento e que deseja a sua aprovação.

⁶ Se referia a cinco testemunhas, pois no Código Civil de 1916 era previsto, hoje o novo Código Civil exige apenas duas, conforme artigo 1.868.

d) Auto de aprovação feito pelo oficial na presença das testemunhas, sendo que declarara que o testador lhe entregou o testamento e que o tinha como se fosse seu. O instrumento de aprovação se inicia após as palavras do testador e se for impossível por falta de espaço, o oficial coloca nele seu sinal público.

e) A leitura do auto de aprovação será efetuada pelo oficial público ao testador e às testemunhas, tendo logo após que ser assinado pelo testador e testemunhas.

f) O encerramento feito pelo oficial público que, posteriormente dobrará o testamento juntamente com auto de aprovação num só invólucro, que será cerrado e cosido com cinco pontos, lacrando-se o testamento nos pontos de costura.

Podem-se utilizar dessa forma de testamento todas as pessoas que saibam ou possam ler. O surdo-mudo, que souber ler e escrever, contanto que escreva todo o testamento e o assine de sua mão, e o entregue ao oficial público na presença de duas testemunhas, escrevendo na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede, conforme o art. 1.873, do Código Civil. As pessoas que não podem deixar testamento na forma cerrada são os analfabetos, porque não sabem ler, os cegos porque não podem ler.

Depois de aprovado e cerrado o testamento será entregue ao oficial em envelope fechado, já que este não precisa inteirar-se de seus termos, será lançado no livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue, segundo o artigo 1.874 do Código Civil.

Com o falecimento do testador o testamento será apresentado ao juiz que verificará o estado de conservação da cédula testamentária não achando vício externo que torne eivada de nulidade ou suspeita de falsidade, estando intacta passa a proceder a sua abertura e registro.

4.2.1.3 Testamento particular

O testamento particular é aquele escrito de próprio punho ou por meio mecânico e assinado pelo próprio testador, havendo de ser lido em voz alta perante pelo menos três testemunhas idôneas que também o assinam.

Nesta forma de testamento não há interferência da autoridade pública, uma vez que se trata de instrumento elaborado por particular, na presença de testemunhas. Possui outras denominações como testamento aberto, privado ou hológrafo.

É a forma menos utilizada e sua única vantagem é a rapidez em que é elaborado, segundo Wald (2002, p. 119):

Os inconvenientes desta forma de testamento são as possibilidades de pressão, substituição ou alterações de disposições de última vontade. O legislador pátrio, na sua vontade de dar maior segurança ao testamento, introduziu uma série de cautelas e precauções que prejudicaram a utilização do testamento privado ou particular, tornando-o raro na prática.

São requisitos essenciais para o testamento particular:

1º) que seja redigido e assinado pelo próprio testador de próprio punho ou mediante processo mecânico;

2º) presença de pelo menos três testemunhas além do testador, que deverão estar presentes na feitura do ato;

3º) que haja a leitura do testamento pelo testador para todas as testemunhas, que logo após o assinarão;

4º) Publicação em juízo do testamento, mediante requerimento de herdeiro, legatário ou testamenteiro, com citação dos herdeiros legítimos que não requereram ou a quem caberia a sucessão e ao órgão do Ministério Público (DINIZ, 2003, p. 179).

O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, desde que haja entendimento pelas testemunhas da língua utilizada, tendo estas total

compreensão do teor das disposições de última vontade, caso contrário haverá nulidade por falta de denominação do idioma por parte das testemunhas.

O Código de Processo Civil traz em seus artigos 1.130 a 1.131 o procedimento para a confirmação do testamento particular e a petição inicial para pedir a sua publicação.

4.2.2 Formas especiais de testamento

Os testamentos especiais ou extraordinários são aqueles feitos em casos excepcionais, por isso sua aplicação é restrita, somente permitidos em circunstancias particulares, designadas em lei, podendo ser classificado em aeronáutico, marítimo e militar.

4.2.2.1 Testamento marítimo e aeronáutico

O testamento marítimo é aquele elaborado nos navios nacionais de guerra ou mercantes em viagem, sendo lavrado pelo comandante, na presença de duas testemunhas, conforme as formalidades do testamento público ou do cerrado, assim como ensina Diniz (2003, p. 180):

O Código Civil pátrio prescreve duas formas de testamento marítimo e aeronáutico (CC, arts. 1.888 e 1.889): a) uma, correspondente ao testamento público, quando é lavrado pelo comandante ou, se aeronáutico, por pessoa por ele designada perante duas testemunhas, que estejam presentes a todo o ato e que assinarão o instrumento logo após o testador, e, se este não puder escrever, assinará por ele uma das testemunhas, declarando que o faz a seu rogo; b) outra, similar ao testamento cerrado, quando escrito pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, e entregue, em seguida, ao comandante perante duas testemunhas, que reconheçam e entendam o testador, declarando este, no mesmo ato, ser seu testamento o escrito apresentado.

Quando uma pessoa estiver a bordo de aeronave militar ou comercial, poderá testar perante pessoa designada pelo comandante na presença de duas testemunhas, dando ensejo assim ao testamento aeronáutico.

Diniz (2003, p. 180), ressalta que:

Admite o nosso direito, em caso de emergência e a título provisório, o testamento marítimo e o aeronáutico. Considerando-se que uma viagem prolongada pode suscitar o desejo de prevenir a sucessão e não tendo o testador meios de utilizar uma daquelas formas ordinárias, possibilita-se, assim, que não morra na viagem *ab intestato*.

O requisito essencial do testamento marítimo é que o testador esteja em alto-mar, se estiver o navio no momento em que foi redigido o testamento em algum porto ou em vias de chegar a seu destino será nulo o testamento, salvo se houver algo que impossibilite o testador de desembarcar.

O testamento marítimo ou aeronáutico caducará se o testador não falecer na viagem ou nos noventa dias seguintes da data do seu desembarque em terra, desde que nesta haja possibilidade de ser feito um testamento pela forma ordinária.

4.2.2.2 Testamento militar

O testamento militar não é feito só por militares, podendo ser feito por qualquer pessoa a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro ou fora do país, assim como em praça sitiada ou que esteja com comunicação interrompida, sendo assim, pode ser feito médicos, mecânicos, técnicos e até por jornalistas que fazem cobertura de operações militares.

Pode ser feito de três formas:

1ª) é semelhante ao testamento público quando redigido pela autoridade militar ou de saúde perante duas ou três testemunhas, no caso do testador não souber ou não puder assinar a terceira testemunha assinará em seu lugar. Estando o testador se tratando em hospital o testamento será feito pelo oficial de

saúde ou pelo diretor do estabelecimento, sendo o testador oficial mais graduado que aqueles, será o testamento redigido por aquele que o substituir.

2ª) corresponde ao testamento particular ou cerrado, se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de seu punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas, ao auditor, ou ao oficial de patente que lhe faça as vezes neste mister, isto conforme estipula o artigo 1.894 do Código Civil, que ainda ressalta em seu parágrafo único que o auditor, ou o oficial a quem o testamento se apresente notará, em qualquer parte dele, lugar, dia mês e ano, em que lhe for apresentado, nota esta que será assinada por ele e pelas testemunhas.

3ª) através de forma nuncupativa, ou seja, o testamento que é o feito por viva voz, neste caso poderá o testador fazer suas ultimas declarações de vontade verbalmente, “essa espécie de testamento é feita por militar ou pessoa assemelhada que esteja empenhada em combate ou ferido no campo de batalha, confiando verbalmente suas declarações de última vontade a duas testemunhas” (DINIZ, 2003, p. 182). O testamento perderá sua eficácia se o testador não morrer na guerra e convalescer do ferimento.

O testamento militar caducará noventa dias após o testador se encontrar em local onde se possa testar pela forma ordinária, salvo se seguir as solenidades previstas no parágrafo único do artigo 1.894 do Código Civil.

4.3 Testemunha testamentária

É aquela pessoa que tem capacidade para presenciar a confecção de um testamento e fiscalizar o seu cumprimento. Ensina Diniz (2003, p. 184), que:

As testemunhas testamentárias são instrumentárias, pois subscrevem o ato para o qual foram convocadas, intervindo *ad probationem* e *ad solemnitatem*, tendo um dever de fiscalização, assegurando a identidade do testador, e autenticidade e a liberdade de declaração de sua vontade e verificando se sua manifestação volitiva foi reproduzida com fidelidade na facção testamentária. Por isso, não podem ser incapazes de testemunhar por inaptidão de ordem física ou psíquica, por suspeição ou por interesse.

A regra é que qualquer pessoa maior e capaz pode ser testemunha testamentária, estando os impedimentos e suspeições previstos na lei. O Código Civil atual não possui dispositivo apontando expressamente quem não pode ser testemunha testamentária, por isso, aplicam-se as normas para os negócios jurídicos em geral, expostas no art. 228, I, II e III, uma vez que os incisos IV e V estão mais ligados ao direito processual, e a matéria se encontra desenvolvida no art. 405 do CPC (RODRIGUES, 2002, p. 177). Assim não podem testemunhar o testamento:

1º) Os menores de 16 anos, neste caso há incapacidade absoluta, já que ocorre por falta de maturidade ou desenvolvimento intelectual. Os menores de 16 a 18 desde que assistidos podem servir como testemunhas.

2º) Aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil, conforme artigo 228, inciso II do Código Civil. Incapacidade esta absoluta.

3º) Os cegos e os surdos, que mesmo não sendo incapazes por causa de sua deficiência física, são absolutamente incapazes de serem testemunhas de um testamento quando a ciência do fato que se quer provar depender dos sentidos que lhes faltam.

4º) Os analfabetos, já que é imprescindível que as testemunhas assinem o instrumento do testamento de próprio punho e mesmo que possua assinatura também é preciso saber ler e escrever, pois a testemunha pode ser chamada a “assinar a rogo do testador (art. 1.865), a ler o testamento do cego, quando por ele indicado (art. 1.867), e a reconhecer a assinatura do testado no testamento particular (art. 1.878)” (VENOSA, 2002, pág. 185). Por isso se trata de uma incapacidade absoluta, exceção é o testamento nuncupativo do artigo 1.896 do Código Civil em que se admite a testemunha analfabeta.

5º) Os relativamente incapazes, por suspeição ou interesse, são os herdeiros instituídos, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge, que poderiam restringir a liberdade de testar do disponente interferindo na sua vontade, assim como os legatários também.

Para se apreciar a incapacidade das testemunhas testamentárias, será considerado o momento da facção testamentária; se a causa de sua incapacidade

for superveniente ao ato testamentário, este não perderá sua validade e sua eficácia (DINIZ, 2003, pág. 187).

4.4 Codicilo

É um ato de última vontade, entretanto é diferente do testamento, mesmo sendo como este uma disposição *causa mortis*. Define Beviláqua (2000, p. 283) como sendo “a disposição de última vontade, feita perante três ou quatro testemunhas, segundo se achava o testador no campo ou na cidade, na qual não se nomeava herdeiro diretamente”, seria então um testamento menos solene.

O codicilo é uma disposição de última vontade, versando sobre bens de pouca monta, coisas de pequeno valor. Por isso não substitui e nem pode ser comparado a um testamento, podendo no entanto existir ambos sem um interferir no outro. Caso não haja testamento, existindo apenas o codicilo a sucessão será legítima, pois como este só diz respeito a coisas de pequeno valor, a sucessão será deferida aos herdeiros legalmente instituídos.

Deverá o codicilo ser obrigatoriamente escrito, por inteiro e pelo próprio testador, que também colocará a data e assinará. Esses são, pois, os seus requisitos essenciais: que seja hológrafo e autógrafo, que contenha data e que seja assinado pelo seu autor (CAHALI e HIRONAKA, 2000, p. 325).

Denota-se que o objeto do codicilo é limitado, logo se torna difícil se ter uma noção exata do que seja pequeno valor, problema que somente pode ser solucionado através de critérios subjetivos, a esse respeito interessante é a lição de Rodrigues (2002, p. 169):

Fala o Código, no art. 1.881, em esmolos “de pouca monta”, móveis, roupas ou jóias “de pouco valor”. O critério é subjetivo, a avaliação tem de ser feita em cada caso concreto. A “pouca monta” ou o “pouco valor” vai depender de uma comparação com o montante dos bens deixados pelo falecido. Há pessoas que sonham e não conseguem ter jamais um anel de brilhantes; para outras muito ricas, donas de vários anéis de brilhantes, o valor destes é insignificante diante do vasto patrimônio que possuem.

Um codicilo pode revogar outro. Um testamento também pode revogar um codicilo. No entanto, o codicilo não revoga testamento, que só pode ser revogado por outro testamento (VENOSA, 2002, p. 187).

Revoga-se o codicilo por outro, ou pela elaboração de testamento posterior, de qualquer natureza, sem confirmá-lo ou modificá-lo. A falta de referência do codicilo no testamento posterior importa revogação tácita daquele.

4.5 Disposições gerais do testamento

Através das disposições testamentárias, “o testador não só dá destino a seus bens, após sua morte, como pode, também fazer outras determinações de caráter não patrimonial e de seu interesse” (RODRIGUES, 2002, p. 179).

O disponente poderá nomear herdeiro ou legatário pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo, conforme se denota do artigo 1.897 do Código Civil. Assim sendo, a nomeação do herdeiro ou legatário pode ser das seguintes formas:

1ª) Pura e simples, é aquela em que não incide qualquer cláusula, ou seja, não há nenhuma limitação, ocorrendo os efeitos da instituição do herdeiro legatário de imediato. O termo puro (pura) denomina o ato jurídico que não possui condição suspensiva, enquanto o termo simples diz respeito àquele ato que não está sujeito à condição resolutiva nem *modus* ou encargo. Logo, o testador apenas institui o herdeiro e não coloca nenhuma condição suspensiva nem resolutiva.

2ª) Condicional, quando sua eficácia estiver subordinada a evento futuro ou incerto, conforme está expresso no artigo 121 do Código Civil. Como ensina Diniz (2003, p. 191):

O herdeiro ou legatário instituído sob condição é titular de direito eventual. Se sua instituição estiver subordinada a uma condição suspensiva – que tem por fim criar um direito, suspendendo temporariamente a eficácia do ato jurídico – somente produzirá efeitos após o seu implemento; antes de sua verificação o direito não foi adquirido (CC, art. 125), pois só com a realização da condição

suspensiva a herança ou coisa legada integrar-se-á ao patrimônio do herdeiro ou legatário.

Os efeitos gerados pela instituição da condição suspensiva, se opera *ex tunc*, considerando como se o herdeiro houvesse sido instituído desde a abertura da sucessão. Cabe lembrar também que as condições ilícitas, imorais ou contrárias a lei, à ordem pública e aos bons costumes, assim como os demais atos que invalidam o negócio jurídico, que estão expressos nos artigos 123 e 124 do Código Civil, como essas condições impossíveis são consideradas como inexistentes, a instituição do herdeiro ocorre de imediato, já que não precisa esperar o implemento da condição suspensiva.

Se existir uma condição resolutiva, a partir do implemento desta a nomeação do herdeiro caducará, perdendo assim todos os direitos que adquiriu na abertura da sucessão. Devolverá o herdeiro ou legatário o bem herdado, “porém os frutos e rendimentos lhe pertencerão; logo, não os restituirá, a não ser que haja cláusula testamentária que o obrigue expressamente a isso” (DINIZ, 2003, p. 192).

Pode haver o adimplemento fictício da condição, ou seja, será como se tivesse havido o cumprimento da condição, embora não tenha ocorrido, acontece nos casos em que a condição não pode ser cumprida por motivos alheios a vontade do herdeiro, exemplo é o condicionamento da herança, a adoção de certa pessoa, mas essa se nega a ser adotada.

3ª) Para certo fim, modo ou com encargo, é o testamento em que se impõe um encargo ao beneficiário. Ocorre quando o testador impõe um ônus ou uma obrigação para o herdeiro. O herdeiro poderá não cumprir o encargo, diferentemente do que ocorre na herança estipulada com condição em que esta deve obrigatoriamente ser cumprida. Segundo Diniz (2003, p. 193):

O encargo não se confunde com a condição (CC, art. 136), visto que o beneficiado não pode ser de modo algum constrangido a cumprir a condição, ao passo que pode ser forçado à execução do modo ou encargo. Além disso, o encargo não obsta a aquisição do direito hereditário; o instituído entra no gozo do benefício antes de cumprir o modo; a impossibilidade superveniente não prejudica a liberalidade. Por

isso, se vier a falecer sem executar o encargo que lhe foi imposto, não se tem a caducidade da disposição testamentária.

4º) Por certa causa, ocorre quando por algum motivo o testador institui alguém como herdeiro. Por exemplo, se alguém salvou a vida do testador, este por causa disto o institui como herdeiro. A instituição da causa é importante, pois se após a morte do testador se descobrir que não foi o herdeiro que o salvou, mas sim outra pessoa, não será válida a causa, por erro essencial, logo se invalida essa herança.

No caso de erro essencial, onde é descoberto que outra pessoa na verdade salvou o testador, esta não terá direito a herança no lugar do herdeiro instituído. Se existir o erro, mas este for acidental, a causa mesmo assim é válida, porque o erro não mudou a vontade do testador, por exemplo, instituída como herdeira uma vizinha que ajudou o testador quando este estava doente, a qual achava que chamava Ana, mas na verdade seu nome é Joana, é válida a nomeação, porque este tipo de erro não muda a causa determinante da instituição.

5º) Termo, segundo o artigo 1.898 do Código Civil é proibido ao testador estabelecer termo inicial e final para o herdeiro receber a herança. Regra essa que é considerada como cláusula não escrita, por isso mesmo existindo termo para o recebimento da herança, graças a essa proibição, o herdeiro a recebe de imediato após a morte do testador.

Excetua-se o caso do fideicomisso, como ensina Diniz (2003, p. 194):

[...] apenas nas disposições fideicomissárias, caso em que o fideicomissário é herdeiro *ex die* (termo inicial ou suspensivo), e o fiduciário, herdeiro *ad diem* (termo final ou resolutivo); logo, com o advento do termo, o fideicomissário investe-se no domínio e posse da herança, resolvendo-se o direito do fiduciário.

A regra pelo princípio de *saisine* é que a herança se transmite de imediato com a morte do autor da herança.

4.5.1 Cláusulas interpretativas

Sendo a cláusula testamentária suscetível de interpretações divergentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador, preceito constante do artigo 1.899 do Código Civil.

Temos que asseverar que é muito difícil para o interprete, saber realmente a vontade que o testador tinha quando fez o testamento, visto que havendo margem para diversas interpretações a única pessoa que realmente poderia dizer a correta é o testador, que neste momento já se encontra morto. Por isso o legislador fixou uma regra para quem for interpretar as disposições que o testador deixou, buscando assim tentar aferir o que intimamente era vontade do testador, logo, o interprete tem que apreciar o conjunto das disposições testamentárias, para solucionar a divergência da cláusula que gera dúvida.

Outra regra que infere interpretação é a estipulada pelo artigo 1.902 do Código Civil, que regula as disposições em geral em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade ou de assistência pública, entender-se-á relativa aos necessitados do lugar do domicilio do testador ao tempo de sua morte, salvo se expressamente manifestado o contrário.

Exprime o artigo 1.904 do Código Civil que “se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador”. Neste caso, se faz a divisão por cabeça, em quotas iguais da parte disponível, devendo-se respeitar a legítima se houver herdeiros necessários.

Nomeando o testador certos herdeiros individualmente e outros coletivamente, a herança será dividida em tantas quotas quantos forem os indivíduos e os grupos discriminados, segundo consta do artigo 1.905 do Código Civil. Os herdeiros que foram nomeados individualmente recebem uma parte do todo que foi dividido igualmente entre as partes, enquanto aos que foram nomeados coletivamente recebem uma parte igual a que foi instituída para cada herdeiro individual, desta porção será feita divisão por estirpe para cada um dos herdeiros coletivos. Exemplificando, Eduardo faleceu e nomeia como seus herdeiros individualmente Vitor e Robson e coletivamente as filhas de Fernanda,

Dayane e Juliana, logo estando apurado que o espólio de Eduardo corresponde a \$ 90.000,00, deve-se partilhar em três partes iguais, ou seja, \$ 30.000,00 cada, as quais irão uma para cada herdeiro individualmente nomeado e a outra para as filhas de Fernanda, que dividirão entre si, ficando cada uma com \$ 15.000,00.

Segundo o artigo 1.906 do Código Civil, sendo determinadas no testamento as quotas dos herdeiros e não tendo esgotado toda a herança, o remanescente irá para os herdeiros necessários, segundo a ordem sucessória.

Sendo determinado os quinhões de uns e não os de outros herdeiros, distribuir-se-á por igual a estes últimos o que restar, depois de completas as porções hereditárias dos primeiros, conforme disposto no artigo 1.907 do Código Civil. Ensina Veloso (2003, p. 231) que:

O testador, neste caso, dispôs de toda a herança, mas determinou os quinhões de uns herdeiros e não designou os de outros. Os primeiros receberão as duas quotas, que foram especificadas. Depois de completas essas porções, o que sobrar será repartido, igualmente, entre os herdeiros cujos quinhões não foram determinados, determinação do artigo 1.904 do Código Civil. Se nada sobrar, nada herdarão os que foram instituídos sem designação do quinhão.

No caso de o testador nomear herdeiro, mas estabelecer que certo objeto da herança não deve caber a ele, este objeto será destinado aos herdeiros legítimos, regra do artigo 1.908 do Código Civil.

4.5.2 Disposições proibitivas

É nula a disposição que institua herdeiro ou legatário sob condição captatória, conforme estipula o artigo 1.900, I, do Código Civil, por exemplo quando um sujeito testa em favor de outro, sob a condição deste, por sua vez, outorgar seu testamento em benefício do próprio testador ou de terceiro.

Explica, Francisco de Campos *apud* Veloso (2003, p. 222):

O que o direito condena não é a captação, o que torna a captação sujeita a censura do direito, e assim, exposta à incidência da sanção de nulidade, é o dolo. A captação em si mesma, ou a captação simples, ou a captação que se exerce sem recurso a manobras ou artifícios fraudulentos, ou pela influência direta dos dons pessoais, de natureza física, intelectual ou moral, é um fenômeno geral, ordinário e comum, e se exerce diariamente entre os homens, nos mais variados domínios das relações humanas, só incorrendo na censura da lei quando aquela influência, só por si, não se tornou suficiente, tornando-se necessário, para reforçá-la, o recurso à fraude, ao dolo ou à prática de atos ilícitos.

Nula também é a disposição que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar, segundo o artigo 1.900, II do Código Civil. É óbvio que, não havendo meio de saber quem é a pessoa a que se destina a herança não há transmissão sucessória, “se a determinação da pessoa beneficiada, apesar de todos os esforços interpretativos, é impossível, se não há meio de superar a ambigüidade ou o laconismo em que o testador incorreu, a disposição é inválida” (VELOSO, 2003, p. 224).

Conforme disposto no artigo 1.900, III do Código Civil é nula a disposição que favoreça a pessoa incerta, confiando a determinação de sua identidade a terceiro, sendo nula também a disposição que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado, segundo o inciso IV do artigo 1.900 do Código Civil. O testamento deve ser feito deixando a herança ou o legado à pessoa que se queira instituir, desde que sejam respeitadas as restrições legais, deve-se indicar quem será o beneficiado, se agirmos contrariamente ao disposto nos incisos do art. 1900 do Código Civil, supra citados, aceitaríamos que uma pessoa delegasse a outra a faculdade de testar, o que violaria o princípio de que o testamento é um ato personalíssimo.

O artigo 1.901, I do Código Civil atenua as disposições do artigo 1.900, III, também do Código Civil, já que permite o estabelecimento de disposições testamentárias em favor de pessoa incerta que será determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou ainda a um estabelecimento por ele designado. Temos que lembrar que, a incerteza quanto ao terceiro tem que ser passível de definição, pois se a incerteza for de tal maneira que não há como identificar o terceiro, logo, não será válida esta disposição.

Já no seu inciso II o mesmo artigo acima citado, dispõe ser válida a disposição que remunerar os serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que falecer, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem para determinar o valor do legado.

No artigo 1.903 do Código Civil, encontramos um caso de anulabilidade, que se opera no caso de erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário ou da coisa legada, anula-se a disposição testamentária, salvo se por outro meio se puder identificar a pessoa ou coisa que o testador se referiu. Segundo ensina Veloso (2003, p. 228):

A determinação do sujeito e do objeto é fundamental nas disposições testamentárias (art. 1.900, II, III e IV), com as exceções do art. 1.901. O erro, tanto na designação da pessoa do herdeiro ou do legatário (*error in personam*) como em relação à coisa legada, anula a disposição. Esse é um caso particular de anulabilidade, pois o erro essencial ou substancial, além desse caso, determina a anulabilidade do testamento (art. 1.859) ou da disposição testamentária (art. 1.909).

O testamento tem que seguir os requisitos dos negócios jurídicos, por isso o artigo 1.909 do Código Civil, dispõe que “são anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação”, sendo assim, o testamento pode ser nulo ou anulável, por inteiro ou apenas em algumas disposições. O parágrafo único do mesmo artigo, estipula o prazo prescricional em quatro anos, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.

Quando for decretada a ineficácia de uma disposição testamentária, será ineficaz as outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador, conforme o artigo 1.910 do Código Civil. Assim, se uma disposição dependia de outra que foi anulada esta também não terá validade.

4.5.3 Redução das disposições testamentárias

Os herdeiros necessários não podem ser privados da legítima, mas pode ocorrer que por um ato falho, por fatores alheios a sua vontade ou até

dolosamente, o testador venha a atribuir testamento, que ultrapasse a sua metade disponível, invadindo assim a legítima legalmente resguardada. A disposição excessiva não invalida o testamento, no entanto, para assegurar a legítima o legislador conferiu o direito ao herdeiro necessário de pleitear a redução da deixa testamentária naquilo que exceder a parte disponível.

A redução das disposições testamentárias, segue as regras estipuladas no artigo 1.967 e seguintes do Código Civil. Primeiro se reduz a quota ou quotas dos herdeiros instituídos, porque os herdeiros instituídos herdaram uma universalidade e substituem o testador na sua vontade, nos direitos e nas obrigações. Sendo insuficiente, passar-se-á aos legados e se ainda assim não for suficiente, se busca as doações, começando-se pelas mais novas. Todo esse procedimento é feito até que se complete a parte legítima, dos herdeiros necessários, na falta destes a redução não se opera.

No entanto, pode o testador, antevendo o caso, dispor de forma diferente sobre a redução, dando preferência a certos herdeiros ou legatários, escolhendo assim certos quinhões e preservando outros, conforme o § 2º do artigo 1.967 do Código Civil.

Consistindo em prédio divisível estando o legado sujeito a redução, far-se-á esta divisão proporcionalmente, segundo o artigo 1.968 do Código Civil. Se a redução que atingir o legado for inferior a um quarto do legado e este for indivisível, o bem fica com o legatário que deverá repor em dinheiro a composição da legítima. Caso a redução seja superior a um quarto do bem, o legatário devolve o bem e recebe a complementação em dinheiro dos herdeiros necessários do valor que lhe couber. Isso é o que nos explica Veloso (2003, p. 343):

[...] no caso de o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio (por exemplo: o prédio vale sessenta mil e a redução necessária é de vinte mil), o legatário deixará o imóvel legado inteiro na herança, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível. No exemplo acima dado, o legatário poderá pedir quarenta mil.

Porém, se o excesso não for de mais de um quarto do valor do prédio, o legatário fica com o imóvel, mas dará torna em dinheiro aos herdeiros. Neste segundo caso, o preenchimento da legítima é feito em moeda corrente.

Sendo o legatário ao mesmo tempo herdeiro necessário, por exemplo filho que herda legado do pai, e o seu legado for reduzido para completar a legítima, terá este direito de preferência sobre a propriedade do bem, quando o valor da sua parte na legítima somado com o que lhe sobrar na redução do bem ultrapassara um quarto do valor do bem, devendo para isso, complementar a legítima no valor do bem. Esclarecedor é o exemplo de Monteiro (1993, p. 220):

O prédio vale \$ 100.000,00, a redução deve montar a \$ 40.000,00, e a legítima do herdeiro é de \$ 60.000,00. Somando esse último valor com a parte subsistente do legado ($\$ 60.000,00 + \$ 60.000,00 = \$ 120.000,00$), absorvido fica o valor de todo o prédio. O interessado receberá assim o imóvel, de preferência aos demais herdeiros, repondo apenas o excesso ($\$ 120.000,00 - \$ 100.000,00 = 20.000,00$).

A legítima deve ser respeitada, no entanto quando o herdeiro receber um legado que ultrapasse sua legítima, em vez de devolve-la terá preferência na aquisição do legado, contanto que a legítima não seja desrespeitada.

4.6 Revogação do testamento

O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como foi elaborado, conforme expressa o artigo 1.969 do Código Civil, ou seja, sempre há possibilidade de haver alteração, sendo este um direito garantido ao testador.

Segundo ensina Diniz (2003, p. 221):

A revogação é o ato pelo qual o testador, conscientemente, torna ineficaz testamento anterior, manifestando vontade contrária à que nele se acha expressa. Por ser essencialmente revogável, o ato de última vontade pode ser desfeito livremente, a qualquer tempo, pelo testador, enquanto vivo e capaz, pouco importando os motivos que o levaram a isso, sejam eles justos ou não.

O testamento somente pode ser revogado por outro testamento, podendo esta revogação ser total ou parcial. Sendo parcial, ou no caso do testamento

posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo o que não for contrário ao testamento posterior, regra expressa no artigo 1.970 do Código Civil.

A revogação pode ser expressa ou tácita, será expressa quando estiver deliberada no próprio testamento e tácita quando conflitar com as disposições que forem precedentes, podendo tanto uma quanto a outra ser revogar o testamento, total ou parcialmente.

Segundo o artigo 1.971 do Código Civil, a revogação será válida mesmo que haja caducidade do testamento que é instrumento da hábil para a invalidação, ou mesmo que haja exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado. Mesmo havendo caducidade das disposições testamentárias, a vontade manifesta de revogar ainda é considerada válida.

O testamento cerrado que for aberto ou dilacerado pelo testador ou por qualquer pessoa com o seu consentimento, se torna revogado pela prática deste ato. Mas a abertura do testamento cerrado tem que ser provada para que haja a posterior revogação.

4.7 Rompimento do testamento

O testamento poderá ser rompido, quando o testador não tiver descendentes e nascer um após ter sido feito o testamento e, também quando o testador tem descendente, mas não era sabido, não tinha conhecimento disso, vindo este a aparecer posteriormente, isto é que dispõe o artigo 1.973 e 1.974 do Código Civil.

Segundo ensina Rodrigues (2002, p. 269):

Assim ocorre quando sobrevém descendente sucessível ao testador que o não tinha; ou quando o testador, após o testamento, descobre a existência de um descendente; ou ainda quando, após a disposição de última vontade, o testador vem a saber que um seu descendente ou ascendente, cuidado morto, ao contrário, está vivo. Em todas essas hipóteses, presume a lei que não teria ele testado da maneira por que o fez se houvesse que novamente testar, depois da ciência de tais fatos. Por isso, escusa-o de revogar o testamento já existente, e, ela mesma, a

própria lei, determina o seu rompimento. Daí poder-se chamar a essa forma de invalidação do testamento de revogação legal.

Não haverá rompimento do testamento se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários cuja existência era sabida, ou quando os exclua dessa parte, preceito do artigo 1.975 do Código Civil.

4.8 Substituições

4.8.1 Substituição vulgar e recíproca

Pode ser chamada de substituição direta, ou ainda, ordinária, aquela “substituição vulgar se constitui numa simples troca de titulares, que fica condicionada ao primeiro herdeiro instituído ou legatário nomeado não assumir sua condição na herança” (VENOSA, 2002, p. 267), está disposta no artigo 1.947 do Código Civil, assim:

Art. 1.947. O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.

O direito do substituto não é adquirido se o substituído aceita e receba a herança, caso em que a herança ou legado ficará com o primeiro nomeado no testamento. Também há que se ressaltar que não existe limitação para a substituição vulgar, já que se não aceitar um substituto, estando estipulado que caso haja renúncia outro o substituiria, poderá ocorrer substituição denominada recíproca até que algum dos instituídos aceite a herança. Como define Venosa (2002, p. 269) “a substituição recíproca ocorre quando o testador determina que entre os vários herdeiros nomeados, na ausência de um, os outros o substituam, na parte do nomeado ausente”.

4.8.2 Fideicomisso

No Direito Romano era comum o testador, resolver favorecer certas pessoas que não podiam ser herdeiras nem legatárias, para fazer isso ele em seu testamento deixava o encargo de futuramente se passar a deiza testamentária, essa pessoa denominava-se fideicomisso.

A substituição fideicomissária é um substituição indireta, pela qual o testador quer beneficiar mais de uma pessoa, não um em lugar do outro, mas sucessivamente um após o outro.

Venosa (2002, p. 269) ensina que:

No fideicomisso, não há propriamente uma substituição. Existe uma disposição testamentária complexa por meio da qual o testador institui alguém, por certo tempo ou condição, ou até sua morte, seu herdeiro ou legatário, o qual recebe bens em propriedade resolúvel, denominado *fiduciário*, para que, com o implemento da condição, advento do termo ou de sua morte, passe os bens a outro nomeado, o fideicomissário.

O artigo 1.951 do Código Civil dispõe que:

Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Conforme nos mostra o próprio Código Civil, a substituição fiduciária ocorrerá quando o testador nomear herdeiro ou legatário, para que após certo tempo ou sob certa condição, se transmita a herança ou legado a outrem. Na prática, na maioria dos casos, prevê-se a transmissão ao fideicomissário com a morte do fiduciário, sendo raras as hipóteses de fideicomissos modais ou a termo (VELOSO, 2003, p. 299).

O artigo 1.954 do Código Civil, prevê que na hipótese de haver renúncia da herança ou legado pelo fiduciário, defere-se ao fideicomissário o direito de aceitar,

ou seja, a substituição é imediata, passando os bens diretamente ao fideicomissário. Contudo, permite a lei que o testador disponha de forma contrária, nomeando substituto para o fiduciário.

Importante restrição à substituição fideicomissária é a prevista no artigo 1.952 do Código Civil, conforme nos mostra Venosa (2002, p. 270):

Adverta-se, porém, de início, que o Código de 2002 restringiu consideravelmente o alcance do fideicomisso, ao estabelecer, no art. 1.952, que somente se permite em favor dos não-concebidos ao tempo da morte do testador. De acordo com o § 1º desse dispositivo, se ao tempo da abertura da sucessão já houver nascido o fideicomissário, este adquirirá a nua-propriedade do bem, porque o direito do fiduciário converter-se-á em usufruto. Dessa forma, o novo Código reduz o fideicomisso a sua verdadeira utilidade, qual seja, a de beneficiar prole futura, transformando-se em usufruto, instituto que se lhe aproxima, quando ocorrer a situação descrita.

O instituto do fideicomisso é exceção ao princípio da transmissão da herança, pois esta passa a fazer parte da propriedade do herdeiro definitivamente em regra, enquanto o fiduciário tem uma propriedade resolúvel.

4.9 Legados

O legado é um bem certo e determinado deixado por testamento ou codicilo. No legado não há o fenômeno sucessório, mas somente o aquisitivo.

Diniz (2003, p. 252) define legado como “a disposição testamentária a título singular, pela qual o testado deixa a pessoa estranha ou não há sucessão legítima um ou mais objetos individualizados ou certa quantia em dinheiro”.

Quem outorga o legado é chamado de legante, quem o recebe é chamado de legatário, sendo que quando o mesmo acumula as funções de herdeiro e legatário é denominado prelegado, também existe a figura do onerado que é o herdeiro encarregado de cumprir o disposto pelo legante, sobre quem recai o ônus do legado.

A responsabilidade pelas dívidas recai preferencialmente sobre os herdeiros, mas o legatário não pode se eximir completamente delas, já que há possibilidade de responderem na proporção do valor bem adquirido, sendo a sua responsabilidade apenas *propter rem*, ou seja, sobre a coisa e não sobre a totalidade ou parte ideal do patrimônio do *de cujus*.

4.9.1 Espécies de legados

4.9.1.1 Quanto à sua modalidade

Em relação a sua modalidade o legado pode ser classificado em:

a) puro e simples: é legado disposto em testamento e que não necessita de qualquer fato para produzir seus efeitos, não está submetido a condição ou encargo. Lembre-se que apesar disso o não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria, conforme está disposto no artigo 1.923, § 1º do Código Civil.

b) condicional: quando sua eficácia estiver subordinada a evento futuro e incerto, desde que não seja captatório, pois em sendo será nulo o legado. Condição captatória é “aquela imposta pelo testador que, ao instituir herdeiro ou legatário, vincula a liberalidade cometida à reciprocidade de cometimento, ao seu favor, de igual liberalidade praticada por aquele que agora beneficia com tal deixa testamentária” (CAHALI e HIRONAKA, 2000, p. 419).

c) termo: neste a eficácia do legado estará limitada no tempo, quando ocorrer evento futuro e certo, que poderá começar ou extinguir-se a partir do que foi estipulado pelo testador.

d) modal ou com encargo: o testador estipula uma obrigação ao legatário para aceitar o legado, assim a partir do aceite ocorre anuência ao ônus que acompanha a liberalidade, hipótese em que o legatário será obrigado a prestar

caução muciana⁷, se assim o exigirem os interessados no adimplemento do modo (DINIZ, 2003, p. 254).

e) subcausa ou legado por certa causa: é o aquele em que o legante aponta o motivo que o levou a instituir o legado, e declarando que o faz por generosidade.

4.9.1.2 Quanto ao seu objeto

Em relação ao objeto, o legado pode ser classificado em:

1º) legado de coisa alheia: é ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão, conforme artigo 1.912 do Código Civil, entretanto existem exceções:

a) Mesmo não sendo de propriedade do testador no momento da instituição, foi adquirida posteriormente a qualquer título, já que o testamento só produz efeitos após a abertura da sucessão nesse momento a coisa já pertenceria ao testador convalidando-se assim o ato anterior.

b) Quando o testador ordenar que o herdeiro entregue ao legatário coisa de que é proprietário. Neste caso “embora se trate de legado de coisa alheia, é válido, por se entender tratar-se de um encargo imposto ao herdeiro. A este se possibilita recusar-se a cumprir o encargo, abrindo mão da herança” (RODRIGUES, 2002, p. 201). O terceiro que recebe a coisa do herdeiro por determinação do testador é chamado de sublegatário, caso o herdeiro não cumpra o encargo se configura renúncia à herança, conforme estipula a parte final do artigo 1.913 do Código Civil.

c) Sendo o legado composto por coisa que se determine pelo gênero ou espécie, será este cumprido, mesmo que tal coisa não exista entre os bens deixados pelo testador, disposição do artigo 1.915 do Código Civil. Exemplo é o testando deixar a título de legado dez sacas de soja, caso não possua estas o herdeiro as comprará com os recursos do espólio.

⁷ Caução muciana é a garantia real ou pessoal, prestada pelo herdeiro instituído ou pelo legatário, para adquirir bem deixado por testamento sob condição ou encargo (DINIZ, 1998, pág. 533).

Se o testador alienar o bem que tinha apontado para o legatário no testamento, caduco será o legado, o mesmo acontecendo quando o legatário já for proprietário do bem quando for instituído o legado.

2º) Legado de coisa comum: sendo o testador dono de somente uma parte da coisa legada, logo só poderá instituir a parte que lhe cabe sobre a coisa, quando deixar a título de legado a totalidade do bem, será nulo o legado quanto à parte em que não for dono.

3º) Legado de coisa singularizada, se o testador legar coisa que lhe pertence, indicando-a entre todas as que existem no mesmo gênero, somente terá validade o legado se a coisa ainda pertencer ao *de cujus* quando este falecer. Existindo em quantidade inferior à do legado, esta só será válida até o montante existente.

4º) Legado de coisa localizada ou quantidade localizada: só terá eficácia se for achada no lugar determinado onde deveria ser encontrada, exceção se ela fosse removida a título transitório. O legado vale ainda que a coisa seja transferida do lugar provisoriamente; todavia, a disposição testamentária se torna ineficaz se a remoção da coisa feita pelo testador é deliberada e definitiva (RODRIGUES, 2002, p. 204).

5º) Legado de crédito ou de quitação de dívida: neste caso terá eficácia até a importância desta ou daquele, quando falecer o testador. O legado de crédito é relativo a um título de crédito no qual o devedor é um terceiro, título este que é transferido pelo testador ao legatário, caracterizando-se assim uma cessão na qual este substitui o testador, que é o verdadeiro credor, podendo então promover a sua cobrança. O legado de quitação de dívida importa no perdão desta por parte do testador, que é o credor, ao legatário devedor, cumprindo-se pela entrega do título ou passando-se a quitação, abrangendo, salvo disposição em contrário, os juros (DINIZ, 2003, p. 260).

6º) Legado de alimentos, é relativo a condições básicas de sobrevivência de uma pessoa, abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, caso seja este menor, conforme estipulado no artigo 1.920 do Código Civil. Esses alimentos poderão estar expressos no testamento ou ser estipulado pelo juiz.

7º) Legado de usufruto, quando o testador deixa certo bem para uma pessoa utilizar da maneira que entender melhor, denomina-se usufruto, que portanto é a atribuição direito de usar e gozar da coisa. Quando não há fixação do tempo de usufruto, entende-se deixado ao legatário perpetuamente.

8º) Legado de imóvel: ocorre quando o testador legar propriedade imobiliária, sendo que nesta espécie, segundo expresso no artigo 1.922 do Código Civil, não se incorporam ao legado de um imóvel, salvo expressa declaração em contrário, as propriedades adquiridas pelo testador após ser feito o testamento, mesmo que se trate de terrenos contíguos, pois é óbvio que, como as propriedades adquiridas depois não estavam em seu patrimônio por ocasião da feitura do testamento, delas não podia cogitar o testador, redigir o legado (RODRIGUES, 2002, p. 207). Quanto as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias feitas no prédio legado, estas se incorporam ao imóvel.

4.9.2 Efeitos do legado e do seu pagamento

4.9.2.1 Aquisição do legado

A transmissão da propriedade para o herdeiro legítimo ou testamentário ocorre a partir do momento da morte do *de cujus*, como já visto, devido ao princípio da *saisine*, já em relação ao legatário a propriedade não se adquire de imediato, não podendo este entrar na posse da coisa por autoridade própria, tendo somente o direito de pedi-la aos herdeiros instituídos. No entanto, se a coisa for certa, ou seja, infungível, o legatário adquire o domínio, ou seja, a posse indireta, salvo se estiver sob condição suspensiva, pois que a sua aquisição só acontecerá com a ocorrência de evento futuro e incerto.

O legado não exige aceitação, sendo que o pedido do legatário ao onerado, com o objetivo de que lhe seja atribuído o legado, já é um indicativo da aceitação do legado. Mas a renúncia ao legado é possível, assim como ensina Venosa (2002, p. 235):

O legado, portanto, não depende de aceitação. Se o legatário pediu a coisa é porque aceitou. Pode, no entanto, o legatário renunciar expressamente ao legado, embora não esteja obrigado a fazê-lo. “Renúncia” em favor de alguém é cessão. A renúncia é incondicionada. Nesse caso, chama-se o substituto, ou o legado vai para o monte da herança. Se forem vários os legados atribuídos a um mesmo legatário, pode ele aceitar uns e não aceitar outros (Gomes, 1981:200). O que não pode ocorrer é a aceitação parcial de um mesmo legado.

Sendo feita a renúncia essa não poderá ser retratada, só podendo ser reconsiderada no caso de ter sido feita por erro, dolo ou coação. Ocorrendo a renúncia ela gerará um acréscimo ao legado de um co-legatário, caso este não exista retornará ao espólio para ser dirigido aos sucessores.

4.9.2.2 Efeitos do legado

O legado produz efeitos, de maneira especial, quanto à transmissão da propriedade e da posse e quanto ao direito de pedir o legado. Isso se dá porque o legatário é alguém que tem a propriedade e não a posse do bem legado, ao contrário do que ocorre com o herdeiro legítimo ou testamentário.

A transmissão da propriedade e da posse só ocorrerá com a abertura da sucessão, no caso de legado puro e simples, ou sendo coisa fungível somente com a partilha, assim nos ensina Diniz (2003, p. 263):

[...] enquanto o herdeiro legítimo ou testamentário adquire o domínio e a posse da herança no momento do falecimento do *de cuius*, o legatário só receberá a propriedade do bem legado com a abertura da sucessão, desde que o legado seja puro e simples, e se se tratar de coisa infungível (RF,105:322); sendo fungível, a aquisição operar-se-á apenas com a partilha. No que concerne à posse, nela se investirá o legatário somente com a partilha, salvo se obteve, anteriormente, a entrega da coisa legada. Em regra, enquanto não se julgar a partilha o legatário não se investe na posse, porque só depois de verificadas as forças da herança, mediante inventário, é que se deve fazer a entrega da coisa legada, visto que somente após a dedução do passivo devido aos credores do *de cuius* é que há herança e, por conseguinte, só posteriormente à partilha é que os herdeiros e legatários poderão receber o que lhes é cabível.

Há também outra grande diferença entre o legatário e o herdeiro, que é o fato daquele ter que solicitar o legado, existe um direito de pedir o legado já que o legatário tem a propriedade, mas não pode entrar na posse da coisa legada por autoridade própria, salvo se prevista permissão do testador. Isto ocorre segundo Rodrigues (2002, p. 209) por que:

A lei veda ao legatário o ingresso, por sua própria autoridade, na coisa legada. Isto porque compete ao herdeiro, antes de pagar o legado, verificar se a herança é solvável ou não, pois, caso o passivo do monte absorva toda a herança, podem os legatários ser obrigados a concorrer, parcial ou totalmente, para o resgate dos débitos. Portanto, seria inconveniente a entrada do legatário, por sua própria iniciativa, na posse da coisa legada.

A partir da morte do testador, apesar de não ser transferida de imediato a posse da coisa legada, o legatário passa a ter direito sobre os frutos que a coisa produzir, conforme está expresso no artigo 1.923 do Código Civil. No entanto, esse direito é limitado pelo parágrafo segundo do artigo 1.923 do Código Civil, como ensina Diniz (2.003, p. 266):

O art. 1.923, § 2º, do Código Civil não será aplicado se: a) o legado estiver sob condição suspensiva, dado que o benefício só receberá a coisa legada após o implemento da condição, ocasião em que os frutos passarão também a lhe pertencer; b) o legado for a termo, hipótese em que os frutos do bem legado pertencerão ao legatário no vencimento do prazo, ante o fato de que o termo impede o exercício do direito e, por consequência, a percepção dos frutos; c) o legado for em dinheiro, não abrangendo títulos de crédito, apólices, ações, letras de câmbio, notas promissórias, só vencerão os juros no dia em que constituir em mora a pessoa obrigada a prestá-lo (CC, art. 1.925), logo dependerá de interpelação. Sendo o legatário mero credor, não tem propriedade sobre o legado, mas tão-somente o direito de reclamar judicialmente o seu pagamento se o herdeiro, ou o testamentário, recusar-se injustamente a entregar a coisa legada. Tais juros de mora só correrão a partir da interpelação judicial (RT, 217:477) da pessoa obrigada a cumprir o legado e que se recusou a isso; logo, só serão devidos a partir da contestação da lide e não da abertura da sucessão; d) o legado for de coisa incerta ou de objeto não encontrado no acervo hereditário do *de cuius*, porque nesses casos difícil seria a aplicação do art. 1.923 do Código Civil, embora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tenha reconhecido o direito à renda do legado de coisa incerta desde a data da morte do disponente, computada tal renda quando o legado se tornar certo pela partilha (Revista de Direito, 61:139).

Outro efeito do legado é estipular renda ou prestações ou pensões periódicas, temporárias ou vitalícias, que uma pessoa, isto é, o herdeiro, deverá pagar a outra, ou seja, ao legatário. Após a morte do testador, o herdeiro prestará ao legatário renda ou pensão, em frutos ou em dinheiro (DINIZ, 2003, p. 267).

A renda começa a correr da data da morte do testador conforme artigo 1.926 do Código Civil, podendo este estipular quando se iniciará expressamente no testamento, sendo válida então desta data. Caso o legatário demore para pedir a entrega do legado, terá direito a receber as parcelas vencidas, desde o óbito do testador.

Cabe ao herdeiro a escolha do legado, já que será nulo o legado que não puder ser determinado em gênero ou na espécie. Segundo o artigo 1.929 do Código Civil, “se o legado consistir em coisa determinada pelo gênero, ao herdeiro tocará escolhê-la, guardando o meio-termo entre as congêneres da melhor e pior qualidade”, ou seja, caberá ao herdeiro escolher a coisa de valor médio, não podendo escolher a pior, nem a melhor.

Terá o herdeiro que fazer a escolha, desde que haja silêncio no testamento, assim como em caso de legado alternativo, no qual lhe competirá escolher entre as duas ou mais coisas de espécies diferentes. Se o herdeiro ou legatário, a quem couber a opção, falecer antes de exercê-la, passará esse direito aos seus herdeiros, segundo o artigo 1.933 do Código Civil.

4.9.2.3 Pagamento do legado

O pagamento do legado é de responsabilidade do herdeiro, deve dentro da universalidade de bens deixados pelo testador, que passa a fazer parte do seu patrimônio, retirar a coisa legada e entregá-la ao legatário.

Silenciando o testamento, não existindo herdeiros, o cumprimento do legado incumbirá aos legatários, na proporção do que herdarem, conforme artigo 1.934 do Código Civil. Poderá, no entanto, o testador, escolher um determinado herdeiro, assim como um ou mais legatários, para que realizem o pagamento do legado.

Se o legado consistir em coisa pertencente a um herdeiro ou legatário, deverá este cumpri-lo e poderá cobrar os co-herdeiros, pela quota de cada um, salvo se estivesse disposto o contrário pelo testador, conforme artigo 1.935 do Código Civil, Rodrigues (2002, p. 214) ensina que:

No caso de o testador, valendo-se da permissão contida no art. 1.913, ordenar a entrega ao legatário de coisa pertencente a um dos herdeiros ou a um dos legatários, só a este incumbe o cumprimento de tal legado. Se o onerado não cumprir a ordem do testador, entender-se-á que renunciou à herança ou ao legado. Mas, se o testamento nada determinar em contrário, o herdeiro ou legatário que entregou coisa de sua propriedade a outrem tem ação regressiva contra os co-herdeiros, pela quota de cada um (CC, art. 1.935).

Caso não seja expressamente estipulado o contrário pelo testador, os risco e despesas com a entrega do legado pertencem ao legatário.

4.9.3 Caducidade do legado

A caducidade do legado é a sua extinção, decorrente da falta de fato determinante de sua existência jurídica. A definição de Diniz (2003, p. 271) dispõe que “a caducidade do legado é a sua ineficácia em razão de causa superveniente à sua instituição”.

Segundo consta do artigo 1.939 do Código Civil, caducará o legado quando:

- I – se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma nem lhe caber a denominação que possuía;
- II – se o testador, por qualquer título, alienar no todo ou em parte a coisa legada; nesse caso, caducará até onde ela deixou de pertencer ao testador;
- III – se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento;
- IV – se o legatário for excluído da sucessão, nos termos do art. 1.815;
- V – se o legatário falecer antes do testador.

Portanto a extinção do legado ocorre nos casos citados acima, sendo uma dessas causas justificativa da caducidade, não poderá mais o legatário reclamar seu direito ao legado.

4.10 Testamenteiro

O testamenteiro é aquela pessoa designada pelo testador ou pelo juiz, para que cumpra as disposições testamentárias.

O testador poderá nomear um ou mais herdeiros, conjuntos ou separados, para fazerem cumprir as suas disposições de última vontade. Ensina Diniz (2003, p. 235):

O disponente tem amplo direito de nomear seu testamenteiro dentre seus próprios herdeiros, legatários e até pessoas estranhas à sucessão, desde que sejam pessoas naturais e não jurídicas (RT, 145:286), e tenham capacidade civil para contrair obrigações. Logo não poderão ser testamenteiros: os menores de 18 anos, não emancipados; os interditos, que não tiverem discernimento ou não puderem exprimir sua vontade, ou pródigos; ausentes, declarados tais por ato judicial, e, em certos casos, os silvícolas. A testamentária não pode ser conferida a certas pessoas, embora tenham capacidade jurídica, como: as que têm débito com o testador, ou que estiverem litigando com os herdeiros, ou que forem inimigas do disponente e de seus sucessores (CC, art. 1.735) (RT, 102:610).

Pode o testador nomear um ou mais testamenteiros, em conjunto ou separadamente, podendo instituí-lo por testamento ou através de codicilo, devendo o juiz confirmar ou não a indicação do testamenteiro. É permitido ao testador conceder a posse e a administração da herança, ou de parte dela.

Não havendo, testamenteiro nomeado pelo testador, a execução testamentária compete a um dos cônjuges, e faltando um destes, ao herdeiro nomeado pelo juiz, segundo o artigo 1.984 do Código Civil. Qualquer pessoa, desde idônea e capaz, pode ser nomeada testamenteira, só não o podendo em caso de pessoa jurídica já que o ato é personalíssimo.

Trata-se a testamentaria de ato personalíssimo, intransferível aos herdeiros do testamento, além de indelegável conforme disposição do artigo 1.985. Não obstante, nada impede que o testamenteiro faça-se representar em juízo e fora dele mediante procurador com poderes especiais.

A testamentaria é uma função remunerada, apenas o herdeiro ou legatário a exercerá desinteressadamente, mas o testador poderá fixar remuneração para o herdeiro instituído, ou legatário. A remuneração ao testamenteiro é chamada vintena, que corresponde de um a cinco por cento, arbitrado pelo juiz, sobre o valor da herança líquida. Segundo o ensinamento de Venosa (2002, p. 317):

A remuneração será fixada pelo testador, devidamente atualizada. Na falta de disposição do testamento é que será fixada pelo juiz. Se a remuneração fixada pelo testador for excessiva, tendo em vista as forças da herança, chegando a prejudicar os herdeiros ou legatários, é conveniente que seja reduzida ao limite legal, o que, em tese, não violenta vontade do testador.

É obrigatório que o testamenteiro cumpra as disposições testamentárias, no prazo marcado pelo testador, e a dar contas do que recebeu e despendeu, subsistindo sua responsabilidade enquanto durar a execução do testamento, conforme artigo 1.980 do Código Civil.

Orosimbo Nonato *apud* Venosa (2002, p. 315), aponta os principais deveres do testamentário, que são:

1. reclamar dos herdeiros os meios materiais para cumprir as disposições;
2. entregar os legados aos titulares;
3. defender o espólio em abusos e conservação de direitos;
4. inscrever e especializar a hipoteca legal da mulher casada, do menor e do interdito herdeiros (art. 1.136 do CPC);
5. pedir a nomeação de curador de herança vaga ou jacente;
6. interromper prescrição das ações que se fizerem necessárias, ou alertar os herdeiros para fazê-lo;
7. exigir caução ao legatário de usufruto;
8. cuidar dos funerais do testador e dos ofícios fúnebres;
9. sustentar a validade do testamento, fazendo-o registrar, caso o tenha em seu poder;
10. promover e zelar pelo fiel cumprimento das disposições testamentárias;
11. fornecer aos herdeiros e ao juízo informações e elementos úteis para o andamento do inventário e da partilha.

O modo normal da extinção da testamentaria é com a execução total do testamento, sendo feita a partilha e cumpridas todas as disposições testamentárias. Mas pode haver extinção caso o testamenteiro venha tornar-se incapaz, para os atos da vida civil.

5 INVENTÁRIO E PARTILHA

5.1 Inventário

Aberta a sucessão, a herança é transmitida de imediato aos herdeiros, sendo esta todo o patrimônio do *de cuius*, deve-se proceder ao inventário para que se possa fazer a divisão entre os herdeiros. Mesmo havendo apenas um herdeiro deve ser feito o inventário neste caso em forma de arrolamento, no qual destinado estará todo o patrimônio aquele herdeiro, mas terá que ser feito por existir interesse do Fisco e de eventuais credores do espólio.

Segundo definição de Diniz (2003, p. 316):

O inventário é o processo judicial (CC, art. 1796; CPC, art. 982) tendente à relação, descrição, avaliação e liquidação de todos os bens pertencentes ao *de cuius* ao tempo de sua morte, para distribuí-los entre seus sucessores.

O inventário é o processo judicial destinado a apurar bens deixados pelo falecido, com finalidade de proceder à partilha. Segundo Veloso (2003, p. 395):

O inventário tem por objetivo a arrecadação, descrição e avaliação dos bens e outros direitos, discriminação e pagamento de dívidas, pagamento de imposto de transmissão *mortis causa* e demais atos e providências indispensáveis à liquidação do acervo hereditário. Faz-se para que seja possível promover a partilha ou adjudicação. O inventário é judicial, tratando-se de processo previsto no CPC, arts. 982 a 1.021. A partilha pode ser amigável, se os herdeiros forem capazes (art. 2.015), e será homologada pelo juiz (CPC, art. 1031).

Constitui processo judicial de caráter sempre contencioso, devendo ser instaurado no último domicílio do autor da herança, segundo o artigo 96 do Código de Processo Civil. Deve ser pedido pelos interessados, dentro do prazo de

trinta dias da abertura da sucessão⁸, sendo estes segundo Amorim e Oliveira apud Veloso (2003, p. 395):

[...] o cônjuge supérstite (ou companheiro), herdeiros, sucessores por testamento (herdeiros e legatários), contemplados em codicilos, o Ministério Público (quando houver testamento, incapazes ou ausentes, ou interesses de Fundação), a Fazenda Pública, credores, bem como outras pessoas jurídicas e naturais que, de qualquer forma, possam ter direitos com relação ao espólio.

O inventário pode ser feito através do modo tradicional, de forma solene, estipulada nos artigos 982 a 1.030 do Código de Processo Civil, ou ainda ser feito através de arrolamento comum ou sumário, que consiste em um processo de inventário de forma simplificada.

5.1.1 *Inventário negativo*

O inventário negativo não foi previsto pela legislação, mas tem sido admitido quando o cônjuge pretende casar-se novamente. Neste caso, há de provar que o falecido não deixou bens para serem partilhados.

Segundo Oliveira (1987, p. 444), “o inventário negativo é o modo judicial de se provar, para determinado fim, a inexistência de bens do extinto casal”.

Rodrigues (2002, p. 290), dispõe que:

Se o requerente apresenta fato concreto e objetivo que justifique o interesse processual de promover o inventário negativo, deve ser atendido. No inventário negativo não se vão arrolar bens, se, justamente, não há bens. Não se inventaria nada. O que se procura é obter uma sentença que diga, exatamente, que não há o que inventariar.

⁸ Segundo Rodrigues (2002, p. 286) “no Estado de São Paulo é de alguma relevância o ajuizamento tempestivo do inventário, pois, de acordo com a Lei n. 10.705, de 28 de dezembro de 2000, modificada pela Lei n. 10.992, de 21 de dezembro de 2001, o imposto sobre transmissão de propriedade *causa mortis*, nos inventários que não forem requeridos em sessenta dias da data da abertura da sucessão, será calculado com o acréscimo da multa de 10% a 20%, se o atraso exceder a cento e oitenta dias”.

O que se objetiva com o inventário negativo é evitar que incida o impedimento matrimonial que está previsto no artigo 1.523, I, do Código Civil, que traz a exigência de haver inventário e partilha dos bens aos herdeiros, feito pelo cônjuge supérstite que pretender casar-se novamente, sob pena de seu casamento reger-se obrigatoriamente pelo regime da separação de bens segundo o artigo 1.641, I, do Código Civil e também perder o usufruto dos bens dos filhos do primeiro casamento. A esse respeito Rodrigues (2002, p. 291) comenta que:

Muitos entendem que o viúvo ou a viúva, no caso mencionado, precisa fazer o inventário negativo, para mostrar que não havia bens do casal por inventariar e partilhar entre os filhos (RT, 488/97). Outros opinam que o regime de bens do novo casamento será o da separação obrigatória, porque o inventário não foi feito, se se provar que o casal anterior tinha bens. Neste sentido, o Excelso Pretório decidiu: “A falta do chamado ‘inventário negativo’ não acarreta, por si mesma, o regime da separação de bens no segundo casamento, uma vez provado que notoriamente não havia bens a inventariar” (RT, 549/217).

Somente nos casos de casamento do cônjuge supérstite é feito o inventário negativo, pelos motivos explicados acima.

5.1.2 Inventariante

O inventariante é a pessoa física judicialmente investida para administrar e representar o espólio até partilha dos bens sucessíveis. Isto é o disposto no artigo 1.991 do Código Civil “desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante”.

As obrigações do inventariante estão estipuladas no artigo 991 do Código de Processo Civil, que dispõe:

- I – representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 12, § 1º;
- II – administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência como se seus fossem;
- III – prestar as primeiras e últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais;

- IV – exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio;
- V – juntas aos autos certidão do testamento, se houver;
- VI – trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído;
- VII – prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar;
- VIII – requerer a declaração de insolvência (art. 748).

Enquanto o artigo 990 do Código de Processo Civil, indica sobre quem recairá a nomeação do inventariante, que terá a seguinte ordem:

1º) Conforme o inciso I do citado artigo dispõe, “o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste”. O que buscou o legislador foi deixar o cônjuge com a totalidade dos bens do *de cujus*, já que lhe é garantida a meação, deste modo o patrimônio não precisa ser dividido antes da partilha.

2º) Segundo o inciso II do artigo 990 do Código de Processo Civil, “o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge supérstite ou este não puder ser nomeado”, aqui novamente o legislador preferiu deixar a herança na posse de uma única pessoa, para que não seja dividido o patrimônio, só acontecendo posteriormente com a partilha.

3º) Reza o inciso III do art. 990 que se nenhum herdeiro estiver na posse e administração dos bens do espólio, a qualquer deles haverá o juiz de outorgar o cargo de inventariante (FISCHMANN, 2000, p. 62).

4º) Segundo o inciso IV do artigo 990 do Código de Processo Civil, não existindo as pessoas apontadas nos incisos acima, recaíra a inventariança sobre o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados. Assim como no inciso V o artigo 990, dispõe que desde que haja inventariante judicial, não existindo quem assumo o inventário este o fará.

5º) Por fim o inciso VI o artigo 990, prevê a instituição do inventariante dativo, que poderá ser qualquer pessoa estranha idônea, logicamente não podendo ser o inventariante judicial, como também nenhuma daquelas constantes dos incisos acima citados.

O inventariante dativo terá o compromisso de impulsionar e concluir o inventário, cabendo-lhe ser o administrador do espólio. Entretanto, não assume a representação ativa e passiva do espólio que permanece com os herdeiros (FISCHMANN, 2000, p. 64).

5.1.2.1 Remoção

Não cumprindo o inventariante com as obrigações e encargos a ele inerentes, ou se for comprovada a inaptidão ou inidoneidade para o exercício da função, poderá ser requerida a remoção do inventariante, por qualquer herdeiro ou demais interessados, que terá seu processamento nos autos do inventário.

As causas que permitem a remoção do inventariante estão previstas no artigo 995 do Código de Processo Civil:

- I – se não prestar, no prazo legal, as primeiras e últimas declarações;
- II – se não der ao inventário andamento regular, suscitando dúvidas infundadas ou praticando atos meramente protelatórios;
- III – se, por culpa sua, se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano bens do espólio;
- IV – se não defender o espólio nas ações em que for citado, deixar de cobrar dívidas ativas ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos;
- V – se não prestar contas ou as que prestar forem julgadas boas;
- VI – se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.

É assegurado ao inventariante o contraditório e ampla defesa quando requerida sua remoção, por isso enquanto não houver decisão no incidente de remoção, continua o inventariante ocupando sua função, tendo todos os direitos e deveres a ele incumbidos.

5.1.3 Processamento do inventário

O requerimento para abertura do inventário, será obrigatoriamente instruído com a certidão de óbito e a procuração do advogado que assina a petição, exceto se tal requerimento foi feito pela Fazenda Pública, que é representada por funcionário administrativo (DINIZ, 2003, p. 317). Depois é feita a nomeação do inventariante, posteriormente este prestará compromisso e as primeiras declarações, esta é muito importante, pois a partir dela que se desenvolverá o processo. Segundo Fischmann (2000, p. 75):

As primeiras declarações têm a finalidade de apresentar os personagens e o cenário do que irá se desenvolver durante o processo. É a radiografia completa de todo o organismo que compõem o espólio. Sabe-se, a partir de então, quem são os herdeiros, se há ou não testamento, quais os bens e onde estão, se há débitos etc.

Após serem feitas as primeiras declarações, mandará o juiz que sejam citados para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente e o testamenteiro, caso haja o *de cujus* deixado testamento, segundo o estipulado no artigo 999 do Código de Processo Civil.

Havendo sendo feitas todas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de dez dias, para ser argüidos erros e omissões, reclamar a nomeação do inventariante, e contestar sobre a qualidade de herdeiro, conforme art. 1.000 do Código de Processo Civil. Sendo contestada a qualidade de herdeiro e a matéria argüida demonstrar ser de alta indagação, remeterá a parte para os meios ordinários, ficando sobrestado até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido, vide parágrafo único do artigo 1.000 do Código de Processo Civil.

Depois de saneado o inventário e decididas as questões suscitadas, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio, artigo 1.003 do Código de Processo Civil. A avaliação é indispensável, pois servirá de base de cálculo para o imposto de transmissão *causa mortis* e da partilha.

Sendo aceito o laudo ou resolvidas as impugnações suscitadas a seu respeito, será lavrado o termo de últimas declarações, no qual o inventariante poderá emendar, aditar ou complementar as primeiras declarações, conforme está expresso no artigo 1.011 do Código de Processo Civil. Com as últimas declarações chega-se ao final o inventário e posteriormente se inicia a partilha.

5.2 Arrolamento

O “arrolamento é um processo de inventário simplificado, caracterizado pela redução de atos formais ou de solenidades” (DINIZ, 2003, p. 334).

O legislador buscou dar mais celeridade ao processo de inventário, permitindo que este fosse feito por arrolamento, conforme comentário de Rodrigues (2002, p. 290):

O intuito de simplificar e desburocratizar é gritante. Entendo mesmo, partindo desse espírito que norteou a lei, que, desde que se reservem bens para o pagamento daqueles tributos, o juiz pode homologar a partilha mesmo sem aquelas certidões, que serão apresentadas ao depois.

Existem dois tipos de arrolamento, o sumário quando todos os herdeiros forem maiores e capazes e o comum ou simplesmente arrolamento, quando o valor do espólio for igual ou inferior a duas mil Obrigações do Tesouro Nacional - OTN.

5.2.1 Arrolamento sumário

No arrolamento sumário os herdeiros apresentarão a partilha amigável, feita por instrumento público ou particular, que será homologada pelo juiz, desde que provada a quitação dos impostos.

Na petição de arrolamento sumário, deverão os herdeiros, requerer ao juiz a nomeação do inventariante que designarem, declarar os títulos de cada herdeiro e os bens do espólio, assim como a atribuição dos valores destes, para se fazer a partilha. Segundo ensina Fischmann (2000, p. 187):

O arrolamento sumário é muito mais uma partilha do que arrolamento. Por isso o art. 1.031, que inicia o tratamento deste procedimento, dispõe *ab initio*: “a partilha amigável será homologada de plano pelo juiz”, vale dizer, o procedimento é previsto para que a partilha, na ou com a exordial apresentada, seja homologada. Se a inicial não apresentar desde logo a partilha, deve o juiz, ao nomear o inventariante, intimá-lo para em prazo de cinco dias a apresente nos autos sob pena de não ser possível o processamento como arrolamento sumário.

No arrolamento sumário não há avaliação dos bens, esta é feita pelo inventariante, havendo imóveis não poderá ser inferior aos lançamentos fiscais, do ano em que ocorreu a morte do *de cuius*. Ressalva é feita pelo artigo 1.035 do Código de Processo Civil, que prevê a avaliação quando há credores do espólio, pois eles terão direito a uma reserva de bens para o pagamento da dívida, sendo que esta reserva é feita pelo valor estimado na avaliação. Caso não haja a avaliação ou com esta não estiver de acordo o credor, “poderá manifestar-se contrariamente, ingressando nos autos do arrolamento com prazo limite até antes de ser proferida sentença homologatória” (FISCHMANN, 2000, p. 191).

Estando quitados todos os impostos a partilha é homologada pelo juiz, poderá ser substituída pela adjudicação, quando houver apenas um herdeiro. Depois do transcurso do prazo para recurso, será expedido o formal de partilha ou a carta de adjudicação se for o caso.

5.2.2 Arrolamento comum

O arrolamento propriamente dito é aquele obrigatório porque o valor dos bens do espólio é inferior a 2.000 (duas mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, segundo o artigo 1.036 do Código de Processo Civil.

Atualmente a atualização⁹ é feita pela Taxa Referencial, que foi criada pela Lei n. 8.177/91.

O inventariante apresentará suas declarações independentemente de haver assinado o termo de compromisso, trazendo a estimativa dos valores dos bens do espólio, assim como a distribuição da partilha.

Havendo impugnação do valor atribuído aos bens do espólio, pelo Ministério Público ou qualquer uma das partes, será feita a avaliação. Será apresentando o laudo no prazo de dez dias, pelo avaliador que houvera sido nomeado, com isso o juiz deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas, segundo o artigo 1.036 e parágrafos do Código de Processo Civil.

Se aplica neste tipo de arrolamento todas as disposições cabíveis do artigo 1.034 e parágrafos do Código de Processo Civil, referente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária, assim como não se permite discussões sobre o imposto *causa mortis*, devido sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. Depois de provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e as suas rendas, caberá ao juiz o julgamento da partilha, conforme artigo 1.036, § 5º do Código Civil.

Depois de julgado o arrolamento, será recolhido o imposto sobre transmissão *causa mortis* e se expedirá o formal de partilha ou a carta de adjudicação, conforme for o caso.

5.3 Sonogados

A expressão sonogados é utilizada pelo Código Civil, para se referir ao Capítulo que cuida dos bens que foram ocultados e que deveriam ser inventariados ou levados a colação pelos herdeiros.

Segundo o conceito de Rodrigues (2003, p. 324):

⁹ Há discussões acerca do índice a ser utilizado para atualização do valor a que se refere o artigo 1.036 do Código de Processo Civil, temos o exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que utiliza o IGPM (Índice Geral de Preços Médios), que é divulgado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Assim, sonegados são os bens que deviam entrar na partilha, porém foram ciente e conscientemente dela desviados, quer por não terem sido descritos ou restituídos pelo inventariante ou por herdeiro, quer por este último não os haver trazido à colação.

Por isso depreende-se que a presença do dolo é elementar para a caracterização da sonegação. A infração que gera a sonegação pode ser feita pelo inventariante, quando dolosamente deixa de relacionar bens no inventário, sendo que é de seu conhecimento que existem, ou pelo herdeiro quando omite bens que estejam em seu poder, por ter a posse, por ter recebido em doação ou por qualquer outro motivo.

Estão sujeitos a pena de sonegados, segundo Diniz (2003, p. 339):

- 1º) o herdeiro que oculta bens do espólio em seu poder, não os descrevendo no inventário;
- 2º) o herdeiro que não denuncia a existência de bens da herança que, com ciência sua, estiverem em poder de outrem;
- 3º) o herdeiro que deixa de conferir no inventário bens sujeitos à colação;
- 4º) o inventariante que não inclui ou omite, em suas declarações, bens do espólio, ou que, sendo herdeiro, deixa de trazer à colação bens que devia conferir;
- 5º) o cessionário do herdeiro, que afirma não possuir bens do acervo hereditário;
- 6º) o testamenteiro que, ao exercer também a inventariança, subtrai dolosamente bens da herança.

A pena imposta para quem comete sonegação é a perda do direito aos bens sonegados que tinha direito, sendo o inventariante o sonegador além disto, será removido da inventariança.

Segundo o artigo 1.994 do Código Civil “a pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança”. Então, “a perda do direito que lhe caberia sobre os bens ocultados (pena de sonegados) depende de ação própria, fora do processo de inventário, e, claro, de condenação judicial” (VELOSO, 2003, p. 399). No entanto conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.994 do Código Civil, a sentença proferida na ação de sonegados, movida pelos herdeiros ou credores da herança, pode ser aproveitada pelos demais interessados.

Depois da condenação, não tendo o sonegador em seu poder, o bem ocultado, pagará o seu valor em dinheiro, e também as perdas e danos, esta disposição está prevista no artigo 1.995 do Código Civil, que somente reitera a responsabilidade obrigacional, pois todo aquele que causar dano por ato ilícito, terá que indenizar. Logo, “a pena de sonegados tem caráter civil e consiste na perda do direito sobre o bem ocultado ou não colacionado” (DINIZ, 2003, p. 339).

Devido ao princípio da boa-fé, não se pode acusar alguém de cometer o delito de sonegados antes de sua configuração, por isso somente pode-se acusar o inventariante de sonegação, após encerrada a descrição dos bens, ser feita a declaração por ele de que não possui mais nenhum bem a inventariar, assim como somente se poderá acusar o herdeiro, depois deste declarar no inventário que não possui bens, conforme expressa o artigo 1.996 do Código Civil.

5.4 Colação

Colaçoão é o ato pela qual o co-herdeiro, para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, devolve ao monte partível as doações a que foi contemplado pelo autor da herança.

Segundo o conceito de Veloso (2003, p. 405):

A colaçoão é a restituiçoão à reserva legítimária do valor das liberalidades recebidas do *de cujus* por herdeiro descendente, reconstituindo-se o monte partível, e tem por finalidade igualar as legítimas dos herdeiros obrigatórios (*par conditio*), no caso, nivelar a legítima do descendente-donatário com as legítimas dos demais descendentes do *de cujus*.

Enquanto assim define Diniz (2003, p. 348):

A colaçoão é uma conferência dos bens da herança com outros transferidos pelo *de cujus*, em vida, aos seus descendentes quando concorrerem à sucessão do ascendente comum, e ao cônjuge sobrevivente, quando concorrer com descendente do *de cujus*, promovendo o retorno ao monte das liberalidades feitas pelo autor da herança antes de finar, para uma equitativa apuração das quotas hereditárias dos sucessores legítimários.

O legislador através dos artigos 2.002 e 2.003 do Código Civil, deixa claro que as doações feitas por ascendente a descendentes configuram adiantamento da legítima, devendo portanto serem devolvidas pelos beneficiados para que se faça a partilha.

A colação em regra é feita em espécie, ou seja, o bem que foi doado é devolvido para igualar a legítima, mas poderá ser também feita por imputação no caso de o herdeiro não possuir mais o bem doado, neste caso será trazido à legítima o valor correspondente ao bem doado.

Deverão ser colacionadas todas as liberalidades que o herdeiro recebeu em doação, que podem ser as seguintes conforme mostra Diniz (2003, p. 352):

- 1º) doações constituídas pelo ascendente;
- 2º) doação dos avós aos netos, quando eles concorrerem à herança com tios, primos;
- 3º) doações recebidas pelos pais, quando estes falecerem antes do doador e forem representados pelo sucessor;
- 4º) doações verbais de coisa de pequeno valor, embora não seja de uso tal colação;
- 5º) venda de bens ou doação feita por interposta pessoa, com o intuito de prejudicar a legítima dos herdeiros do autor da herança;
- 6º) recursos fornecidos pelo ascendente, para que o descendente pudesse adquirir bens (RT, 169:801);
- 7º) dinheiro colocado a juros pelo ascendente em nome do descendente;
- 8º) quantias desembolsadas pelo pai para pagar o débito do filho;
- 9º) valor da dívida do descendente, remetida pelo pai;
- 10) gastos de sustento feitos com filhos anteriores;
- 11) montante de empréstimos feitos pelo ascendente ao descendente, sem jamais exigir reembolso (RF, 140:329);
- 12) doação feita por ambos os cônjuges deverá ser conferida por metade no inventário de cada um (CC, art. 2.012), ante a presunção de que cada um dos doadores efetuou a liberalidade meio a meio.

O herdeiro trará a colação por termo nos autos do processo de inventário os bens que recebeu, não o possuindo poderá trazer o seu valor em dinheiro. Esse valor será o que o bem tinha quando foi aberta a sucessão, conforme artigo 1.014 do Código de Processo Civil.

5.4.1 Dispensa da colação

Poderá ser dispensada a colação das doações que o doador determinar que saiam da parte disponível da sua herança, contanto que não a exceda, sendo computado seu valor ao tempo da doação. Presume-se atribuída da parte disponível a doação feita a descendente, que na época do ato, não seria chamado a sucessão como herdeiro necessário, norma estipulada no artigo 2.005 e parágrafo único do Código Civil. A dispensa da colação somente poderá ser feita expressamente através de testamento ou no documento que constituiu a liberalidade.

Conforme estipulado pelo artigo 2.010 do Código Civil, não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime.

Também não estão sujeitas a colação as doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente, segundo o artigo 2.011 do Código Civil. Isto por que se trata de uma gratificação pelo serviço prestado e não puramente uma doação.

5.5 Partilha

A partilha é o modo pelo qual é feita a divisão da herança, entregando-se a cada sucessor sua parte da totalidade do patrimônio herdado. Segundo o conceito de Beviláqua (2000, p. 414) “partilha é a divisão dos bens da herança segundo o direito hereditário dos que sucedem, e na conseqüente e imediata adjudicação dos quocientes assim obtidos aos diferentes herdeiros”.

Enquanto Diniz (2003, p. 347), define da seguinte forma: “a partilha é, portanto, a divisão oficial do monte líquido apurado durante o inventário, entre os sucessores do *de cuius*, para lhes adjudicar os respectivos quinhões hereditários”.

Segundo o disposto no artigo 2.013 do Código Civil, pode o herdeiro sempre requerer a partilha, mesmo estando sob proibição do testador, pois não se pode obrigar alguém a viver em condomínio. O mesmo artigo ainda confere a faculdade do pedido de partilha aos cessionários e credores do herdeiro.

A partilha pode se processar de duas formas, a judicial e a amigável. Ordinariamente a partilha é feita judicialmente, nos autos do processo de inventário. Entretanto, prevê o artigo 2.015 do Código Civil, que a partilha pode ser amigável se os herdeiros forem capazes e esta for feita por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, sendo posteriormente homologada pelo juiz.

Segundo ensina Rodrigues (2002, p. 295):

Como todo negócio jurídico, a partilha amigável implica a capacidade das partes. Só se forem maiores e capazes podem os herdeiros recorrer à solução extrajudicial. Se algum for incapaz, ainda que relativamente, não pode fazê-lo, mesmo que assistido por seu representante legal. A lei exige que a partilha, então, se processe judicialmente, para que a atribuição de quinhões seja policiada pelo Ministério Público e fiscalizada pelo juiz.

Também, será válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários, conforme enuncia o artigo 2.018 do Código Civil. Segundo mostra Veloso (2003, p. 437):

Quando realizada por ato entre vivos, a partilha deve obedecer aos requisitos de forma e de fundo das doações. A divisão entre os herdeiros tem efeito imediato, antecipando o que ele iriam receber somente com o passamento do ascendente. Se foi omitido algum herdeiro necessário, a partilha é ineficaz.

A partilha feita por ato entre vivos, vem a ser uma espécie de doação, mas deve-se ressaltar que ela deve ser feita respeitando a legítima dos herdeiros necessários.

As principais regras a serem seguidas na partilha são:

1º) No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor natureza e qualidade, a maior igualdade possível, conforme o artigo 2.017 do Código Civil. Ensina Rodrigues (2002, p. 298), que:

A idéia inspiradora da regra (CC, art. 2.017) é a de que não só os quinhões dos vários herdeiros devem ser equivalentes, como também devem, dentro do possível, compor-se de bens de igual natureza e qualidade. Assim, convém que cada herdeiro receba parte igual em móveis e imóveis, em créditos e ações, em coisas certas e coisas duvidosas, partilhando-se igualmente, o bom e o ruim. Um sistema aconselhável, quando dois são os herdeiros, é o de ajustar-se que um deles comporá os quinhões, para que o outro escolha.

2º) Se buscará com a partilha prevenir litígios futuros, ou seja, procurar-se-á na medida do possível a igualdade da partilha, devendo ser devido o condomínio formado pelo espólio, segundo Diniz (2003, p. 360), deve-se:

[...] evitar a divisão de bens ou prédios; declarar com exatidão as confrontações dos imóveis, e, quando estes se dividirem entre dois ou mais co-herdeiros, é preciso esclarecer a respeito de servidões ou qualquer ônus real que os gravarem. Não se recomenda, ainda, o estado de comunhão, isto é, partilha que atribua, a cada herdeiro, a parte ideal nos imóveis, ou que institua condomínio entre pessoas hostis.

3º) A distribuição dos quinhões deve atender a comodidade dos herdeiros, pode um bem da herança ter valor mais elevado que outro, mas subjetivamente pode ter valor maior para um dos herdeiros, assim como algum bem pode ter mais valor para um determinado herdeiro graças a sua profissão ou outra qualidade personalíssima.

4º) Quando o quinhão de qualquer herdeiro não puder ser dividido, ensina Rodrigues (2002, p. 299) que as soluções podem ser as seguintes:

A primeira seria de deixar o prédio em condomínio, cabendo a cada condômino parte ideal, participando cada qual, e proporcionalmente, da renda por ele produzida.

A segunda consistiria em vender o imóvel, para dividir o preço. Nesse caso, seguir-se-á o processo da venda judicial, referido nos arts. 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil, dispensando-se a formalidade da

praça ou leilão se os interessados, sendo capazes, convierem na venda particular.

Finalmente, a última hipótese seria a de qualquer herdeiro requerer a adjudicação, propondo-se tornar aos co-herdeiros, em dinheiro, a diferença entre o valor do prédio e o seu quinhão. Se mais de um dos co-herdeiros pleitear a adjudicação, o juiz ordenará que entre eles se estabeleça licitação, saindo vencedor o autor do maior lance.

5º) Devem ser ressarcidos os herdeiros, cônjuge sobrevivente e inventariante, que estejam na posse dos bens da herança, desde a abertura da sucessão, das despesas necessárias e úteis que fizeram, conforme o artigo 2.020 do Código Civil.

6º) Os herdeiros em posse dos bens da herança, o cônjuge sobrevivente e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam, desde a abertura da sucessão, segundo o artigo 2.020 do Código Civil. Ensina Rodrigues (2002, p. 299) que, “como o domínio da herança se transmite desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários do finado, têm eles, naturalmente, direito às rendas produzidas por esses bens”.

7º) Obter o ressarcimento dos danos, dolosa ou culposamente causados por herdeiros, inventariante ou cônjuge sobrevivente aos bens do espólio (CC, art. 2.020, in fine) (DINIZ, 2003, p. 362).

5.5.1 Sobrepartilha

A sobrepartilha é uma partilha adicional que deve ser feita sempre que existirem bens que ainda não foram partilhados.

Rodrigues (2002, p. 300), assim define “a sobrepartilha, assim, nada mais é do que uma nova partilha, recainte sobre os bens do espólio que ainda não foram objeto de divisão entre os herdeiros”.

Segundo o artigo 2.022 do Código Civil, ficam sujeitos a sobrepartilha os bens sonegados e quaisquer outros bens da herança de que se tiver ciência após a partilha. Então qualquer bem do espólio que deveria ter sido partilhado e não foi, é objeto da sobrepartilha.

Diniz (2003, p. 368), ensina que devem ser sobrepartilhados os bens quando:

- a) houver na herança bens remotos da sede do juízo do inventário;
- b) o bem for litigioso (Ciência Jurídica, 21:89), porque sua partilha será ato puramente aleatório, sendo, portanto, conveniente ao interesse público deixá-lo para a sobrepartilha;
- c) apresentar dificuldade ou morosidade na liquidação dos bens, para que não se atrase a partilha de outros do acervo hereditário, ou, então, para evitar que uma rápida liquidação prejudique os herdeiros;
- d) houver sonegação de bens por algum herdeiro ou inventariante, em virtude de dolo ou de ignorância, ante a obrigação de trazê-los a inventário (CPC, art. 1.016, § 1º);
- e) forem descobertos outros bens após a partilha da herança. P. ex.: se se desconhecia que havia maior número de alqueires de terras do que o que se partilhou, procede-se à correção mediante sobrepartilha (RT, 205:492);
- f) existir reserva de bens para pagamento de credores, que perderam ou não propuseram ação de cobrança;
- g) houver saldo do produto da venda de bens, separados para o pagamento do passivo.

O objetivo da sobrepartilha é não retardar a partilha dos bens líquidos, certos e presentes, não sendo necessário ter que apurar todos os bens ilíquidos, remotos ou litigiosos que façam parte do espólio, já que os bens não partilhados serão posteriormente sobrepartilhados.

5.5.2 Garantia dos quinhões hereditários

Segundo está previsto expressamente do artigo 2.023 do Código Civil, julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscritos aos bens de seu quinhão.

O principal efeito da partilha é a divisão da comunhão hereditária, logo com a partilha cada herdeiro recebe o seu quinhão, direito que lhe é garantido pelo artigo acima transcrito. O que era direito a uma quota ideal, a uma parte abstrata da massa de bens hereditários, com a partilha, passa a ser um direito concreto e exclusivo sobre os bens incluídos no quinhão de cada herdeiro (VELOSO, 2003, p. 448).

A partilha tem efeito meramente declaratório, conforme ensina Diniz (2003, p. 362):

Com o julgamento da partilha, o direito de cada herdeiro circunscrever-se-á aos bens do seu quinhão (CC, art. 2.023; CPC, art. 597); daí seu efeito declaratório, pois antes dela, pelo Código Civil, art. 1.791, os co-herdeiros terão indivisibilidade de seu direito à posse e ao domínio dos bens da massa partível. Com a partilha, que é declarativa, e não constitutiva da posse e da propriedade dos bens da herança, findar-se-á o estado de comunhão, de modo que o herdeiro, que, por ter direito à quota ideal, era condômino e compossuidor do todo, passará a ser senhor e possuidor da quota determinada especificamente.

Quando determinado bem, que fazia parte da herança e foi aquinhoadado, sofrer evicção, ou seja, mediante sentença judicial for declarado que não pertencia ao *de cuius*, mas sim a terceiro, são reciprocamente obrigados os co-herdeiros a ratearem os prejuízos, pois este não pode ser sofrido apenas por um herdeiro, isto é o que se denota do artigo 2.024 do Código Civil.

Esta regra decorre do princípio fundamental da igualdade da partilha, mas os herdeiros podem convencionar o contrário, segundo ensina Rodrigues (2002, p. 302):

A indenização não será devida se os herdeiros convencionaram em contrário, assumindo cada qual, individualmente, os riscos da evicção, como também se a evicção deu-se por culpa do evicto que, por exemplo, deixou a ação de reivindicação correr a revelia, ou não se valeu dos meios adequados para a defesa de seu direito.

O artigo 2.025 do Código Civil, dispõe que cessa a obrigação mútua pela convenção em contrário e também nos casos de a evicção se dar por culpa do evicto, ou por fato posterior á partilha.

A evicção pode se dar por culpa do evicto, por exemplo quando o herdeiro poderia invocar usucapião e não o fez assim vindo a perder a coisa herdada. Casos de ocorrência da evicção após a partilha, são a falência, desapropriação, força maior entre outros.

Segundo previsão expressa do artigo 2.026 do Código Civil “o evicto será indenizado pelos co-herdeiros na proporção de suas quotas hereditárias, mas, se algum deles se achar insolvente, responderão os demais na mesma proporção que corresponderia ao indenizado”.

5.5.3 Nulidade e anulação da partilha

O artigo 2.027 do Código Civil, “a partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”.

Somente foi prevista pelo legislador a hipótese da partilha ser anulável, no entanto ela pode estar eivada de nulidade. O parágrafo único do artigo 2.027 do Código Civil, só prevê o prazo extintivo de um ano para anular a partilha, mas isto porque o “caput” do artigo prevê apenas a hipótese de anulação da partilha, devendo na verdade ser aplicado os artigos 1.029 e 1.030 do Código de Processo Civil. Isso é o que ensina Diniz (2003, p. 364):

Sendo a partilha um ato material e formal, requer a observância de certos requisitos formais, podendo ser atacada pelas mesmas causas que inquinam de ineficácia os negócios jurídicos, por meio de ação de nulidade relativa, intentada dentro do prazo (CC, art. 2.027) decadencial:

- a) de um ano, no caso de rescisão de partilha amigável, contado: na coação, do dia em que ela cessou (CC, art. 178, I, e CPC, art. 1.029, I); no erro, estado de perigo, lesão, fraude de credores ou dolo, do dia em que se realizou o ato (CC, art. 178, II, e CPC, art. 1.029, parágrafo único, II); na hipótese de haver herdeiro incapaz, do dia em que cessou a incapacidade (CC, art. 2.027, parágrafo único; CPC, art. 1.029, parágrafo único);
- b) de 2 anos, contado do trânsito em julgado da decisão (CPC, art. 495) para ação rescisória, na hipótese de partilha judicial (CPC, art. 1.030), que é rescindível nos casos mencionados acima, se feita com preterição de formalidades legais, ou se houver preterição de herdeiro ou inclusão de quem não o seja.

Interessante também é o apontamento de Veloso (2003, p. 443):

A jurisprudência já se pacifica no entendimento de que, independentemente da forma em que a partilha foi feita – amigável ou judicialmente –, se houver exclusão de herdeiro (que não participou do

inventário), está a partilha eivada de nulidade absoluta, e o herdeiro prejudicado não fica adstrito à ação de anulação, nem à rescisória, e seus respectivos prazos de decadência, podendo utilizar-se da *querela nullitatis*, da ação de nulidade ou de petição de herança, que decisões do STF (RE 97.546-2) e do STJ (Resp 45.693-2) afirmam estar sujeita a prazo de prescrição *longi temporis*, de vinte anos, devendo ser observado que, por este Código, o prazo máximo de prescrição é de dez anos (art. 205).

Pode ocorrer que a partilha possua erros de fato ou inexatidões materiais, como, por exemplo, erro de impressão, inexatidão quanto ao número de uma casa, quanto a medida de um terreno, etc. Nesses casos não é necessário interpor ação judicial contra a partilha, sendo apenas necessário o requerimento da parte ao juiz, que poderá a qualquer tempo, corrigir-lhes as inexatidões materiais, conforme artigo 1.028 do Código de Processo Civil.

6 ESPÓLIO E MEAÇÃO

6.1 Espólio

O termo espólio é proveniente da palavra latina *spolium*. O espólio é o conjunto de bens que integra o patrimônio deixado pelo *de cuius*, e que serão partilhados, após inventário, entre os herdeiros e também se houver aos legatários.

Conforme o conceito de Oliveira (1977, p. 306):

O espólio não é uma pessoa jurídica; não é pessoa física e não tem, conseqüentemente, personalidade.

É uma simples massa patrimonial deixada pelo autor da herança, podendo compreender bens imóveis, móveis e semoventes, dinheiro, jóias, títulos da dívida pública, ações, cotas e títulos de sociedade, dívidas ativas, direitos e ações.

Enquanto Venosa (2002, p. 20), assinala que:

Já nos referimos ao termo espólio como o conjunto de direitos e deveres pertencentes à pessoa falecida, ao *de cuius*, ao tratarmos dos grupos com personificação anômala (Direito civil: parte geral, seção 13.6.2). O espólio é visto como uma simples massa patrimonial que permanece coesa até a atribuição dos quinhões hereditários aos herdeiros. O termo espólio é usado sob o prisma processual, sendo o inventariante quem o representa em juízo (art. 12, V, do CPC).

Segundo Monteiro (1993, p. 284), “espólio praticamente, corresponde a herança, isto é, conjunto de direitos e obrigações (ativo e passivo)”.

Assim o termo espólio é a denominação processual que se emprega ao termo herança, enquanto esta deve-se entender “como o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido” (VENOSA, 2002, p. 20).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXX, garante o direito a herança, que “consubstancia-se em verdadeiro corolário ao direito de propriedade, uma vez que o reafirma mesmo após a morte do titular dos bens, com a conseqüente transmissão a seus herdeiros” (MORAES, 2002, p. 282).

Ocorrendo a morte, não temos mais o titular do patrimônio, por isso, diante da impossibilidade de se dividir de imediato os bens deixados pelo *de cuius*, que na verdade são o objeto da herança, já que tendo os herdeiros recebido esta com o falecimento, eles só adquirem a posse de uma parte ideal, sem a determinação dos bens, então o patrimônio continua íntegro, e recebe a denominação de espólio. Cada herdeiro tem direito a uma parte na herança, devido a isso se forma um condomínio, que deve ser representado, isto é feito através do espólio.

Esse condomínio criado pela sucessão é obrigatório, e tem as seguintes conseqüências, conforme ensina Hironaka (2003, p. 69):

1) naquilo que se refere à cessão ou alienação dos direitos hereditários, só poderá o herdeiro ceder ou alienar a quota-parte ideal a que faça direito, no todo ou em parte, fazendo-o mediante escritura pública, na forma e pelo modo adiante expostos; 2) no que se refere à proteção da herança, dá a cada um dos herdeiros a prerrogativa de defender, em benefício de todos os demais, a totalidade do acervo, sem que se possa levantar em defesa de quem injustamente a possua ou utilize o fato de ser o co-herdeiro titular de apenas parte do monte-mor. Assim, pode inclusive um dos herdeiros propor ação contra outro co-herdeiro que exerça a posse direta de determinado bem do espólio, objetivando fixar o valor dos alugueres, que passariam a ser devidos em favor da massa, após o arbitramento judicial.

Devido ao fato de surgirem litígios, precisando o patrimônio de ter representação, surge o espólio, que possui legitimidade autônoma para estar em juízo, como ensina Barros (1977, p. 224):

[...] o espólio não é uma pessoa jurídica, nem uma pessoa física. Mera massa patrimonial autônoma é o que ele é. Dá-lhe, entretanto, o Direito a legitimidade ad causam. É, como a massa falida e a herança jacente, ou vacante, uma parte apenas formal.

O espólio responde pelas dívidas do falecido e por todas as decisões condenatórias que tenham por fundamento atos de responsabilidade deste. É representado em juízo, ativa e passivamente, pelo inventariante, segundo o artigo 12, V do Código de Processo Civil. Também poderá representar o espólio o administrador provisório, como ensina Oliveira (1977, p. 307), dispondo que “será o espólio representado, ativa e passivamente, pelo administrador provisório, em cuja posse ficará até que o inventariante nomeado preste compromisso e entre na posse dos bens”.

Esse administrador provisório que ficará na administração do espólio até a nomeação inventariante, que pode ser qualquer uma das pessoas enumeradas no artigo 1.797 do Código Civil:

- I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;
- II – ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;
- III – ao testamenteiro;
- IV – a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

As atribuições do inventariante não se limitam apenas a simples representação processual da universalidade da herança, também é incumbido de praticar atos de direito material, desde que esteja dentro de seus poderes na administração do espólio.

Podem ser propostas, contra o espólio, todas as ações pertinentes, possessórias, de despejo, de responsabilidade civil, cautelares, etc. Assim como pode o espólio figurar em juízo para defender ou requerer algum direito. Fischmann (2000, p. 81), assim ensina:

Se o *de cuius* era titular de direito, mas encontrava resistência em sua satisfação, as pretensões e ações de direito material decorrentes integram o acervo hereditário, por isso que devem ser relacionadas pelo inventariante, como, por exemplo, direito a receber escritura de aquisição de um imóvel quitado ainda em vida do falecido, ensejando ação de adjudicação compulsória, ou que venha a ser quitado com recursos do espólio que passa a ser titular da referida ação, direitos de crédito *lato sensu* por obrigações de fazer ou não fazer, de dar, direito a receber

dividendos de sociedade anônima, direitos trabalhistas, pretensões de caráter indenizatório etc.

O foro competente, para as ações em que o espólio for réu é o do domicílio do autor da herança, ainda que o óbito tenha ocorrido do estrangeiro, salvo, quando o autor da herança não possuía domicílio certo, caso em que competente é o local da situação dos bens e do lugar em que ocorreu o óbito, se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes, segundo o artigo 96 do Código de Processo Civil.

A herança responde pelo pagamento das dívidas, mas para isso deverão os credores do espólio requerer, antes da partilha, no juízo do inventário o pagamento daquelas, desde que vencidas e exigíveis, seguindo o estipulado pelo artigo 1.017 do Código de Processo Civil. Possuindo o credor algum crédito baseado em dívida líquida e certa, que não esteja vencida, pode habilitar-se no inventário, havendo concordância das partes com o pedido, o juiz, julgará o credor habilitado e mandará que se faça a separação de bens para futuro pagamento, consoante o artigo 1.019 do Código de Processo Civil.

Os bens que fazem parte do espólio, respondem patrimonialmente pelo adimplemento das dívidas e obrigações, que daquele fazem parte. Assim, os bens constantes do patrimônio da pessoa falecida, integrantes do espólio podem ser executados, ou seja, serem executados judicialmente, para o pagamento das dívidas deixadas pelo *de cuius*.

Sendo verificado pelo inventariante que o ativo do patrimônio deixado pelo autor da herança é inferior ao passivo, ou seja, quando as dívidas excederem à importância dos bens do devedor, cabe a ele requerer a declaração de insolvência, segundo os artigos 753, III, 759, 991, VIII e 748 do Código de Processo Civil.

O espólio subsiste até a partilha, após ter sido julgada esta, são destinados os bens constantes do patrimônio do falecido aos herdeiros, com isso qualquer obrigação que poderia ser cobrada do espólio se transfere aos herdeiros, que passam neste momento a serem responsáveis por eventual débito, na proporção

da herança recebida. Cada herdeiro responde pela parte da dívida de forma individual e não solidária.

6.2 Meação

Meação é um instituto do direito de família, que garante a cada cônjuge metade do patrimônio pertencente a ambos, tanto o anterior ao casamento, como o adquirido na constância do casamento, tendo assim cada qual, se o regime de casamento prever a meação, 50% (cinquenta por cento) dos bens pertencentes ao casal.

Segundo o conceitua Martins (1998, p. 235):

Meação é a parte correspondente à metade dos bens pertencentes à sociedade conjugal, quando realizado o casamento pelo regime de comunhão universal de bens, que toca a cada cônjuge, nessas condições limitando-se a meação, que é a metade do referidos bens.

A meação é deferida quando há separação do casal ou havendo o falecimento de um dos cônjuges, portanto ocorrendo a morte, o cônjuge supérstite tem direito a meação, ou seja, a metade do patrimônio do falecido, se com ele era casado pelo regime da comunhão universal de bens.

A meação é um instituto do direito de família, que visa a proteger a metade dos bens, daquelas pessoas casadas sobre o regime da comunhão universal de bens.

O objetivo da meação é a proteção dos bens que o cônjuge ajudou a amealhar durante a vida em comum, por isso o legislador deu proteção especial para a metade que cabe ao cônjuge no patrimônio do casal.

Conforme assevera Madaleno (1994, p. 29):

A meação não é herança, depende do regime de bens que regulava o casamento, e deve ser excluída da partilha, porque dita porção já pertencia ao cônjuge sobrevivente, sendo a meação um instituto integrante do Direito de Família.

Logo, nunca poderia ser objeto de sucessão um direito pessoal do cônjuge sobrevivente, que é o caso da sua meação, sendo de imediato descartada da universalidade hereditária.

A meação decorre do direito de família, se trata de um direito pessoal do cônjuge, porque a partir do casamento, une-se o patrimônio de ambos os nubentes, logo tudo o que eles tem torna-se parte do acervo dos bens do casal, o patrimônio é considerado como um todo indistintamente, tudo o que for adquirido por um cônjuge considera-se como se fosse possuído, meio a meio por cada um, tudo o que foi conquistado é dividido imaginariamente, sendo dividido de fato com o fim da sociedade conjugal.

Segundo comenta Pontes de Miranda (1983, p. 289):

Os cônjuges são meeiros em todos os bens do casal, ainda que um dêles nada trouxesse, ou nada adquirisse, na constância da sociedade conjugal; e, como o regime da comunhão perderia a sua significação patrimonial se não abrangesse o ativo e o passivo dos societários cônjuges, a lei estatui que se comunicam tôdas as dívidas contraídas por atos lícitos na constância da sociedade conjugal (Código Civil, art. 262). A situação dos cônjuges é a de verdadeiros comuneiros ou societários, razão por que – dissolvida a sociedade conjugal – se procede à divisão dos bens, pela ação de partilha.

Conforme se denota a meação é claramente um instituto ligado ao direito de família, ou talvez até mais intimamente ligada ao regime da comunhão universal de bens, que como se observa do próprio termo comunhão, significa comunicação, por isso ocorre a reunião de todos os bens do patrimônio de ambos os cônjuges. Isto é o que se vê do comentário de Levenhagen (1980, p. 135):

O regime da comunhão universal de bens consiste na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, assim como de suas dívidas. Indistintamente, sejam móveis ou imóveis, direitos e ações passam a constituir, após o casamento, um só acervo, que permanece indivisível até a dissolução da sociedade conjugal, seja pela morte de um dos cônjuges, pela separação judicial, pelo divórcio direto ou pela anulação do casamento. Marido e mulher formam uma verdadeira sociedade, embora regida por normas especiais, tendo cada cônjuge direito a metade ideal do patrimônio do acervo formado. Ainda que um dos cônjuges nada tenha trazido, passará a possuir a metade dos bens trazidos pelo outro, e tudo quanto for adquirido por qualquer deles, na constância do casamento, pertencerá, meio a meio, a ambos.

No regime da comunhão de bens, o cônjuge sobrevivente é condômino do patrimônio comum. Morto o consorte, tem aquele o direito à sua meação (RODRIGUES, 2002, p. 31). Assim tem o cônjuge supérstite direito a metade do patrimônio adquirido pelo casal.

O patrimônio formado pela pessoa casada, pelo regime da comunhão de bens é dividido em duas partes: uma pertencente ao homem e a outra a mulher. Ocorrendo o falecimento de um deles, uma parte determinada legalmente, transmite-se aos herdeiros de imediato enquanto a outra parte é destinada ao cônjuge sobrevivente que a recebe a título de meação.

Portanto a meação é a metade do patrimônio do cônjuge sobrevivente, no patrimônio do falecido, em sendo este casado sobre o regime da comunhão universal de bens, ou se, casado por outro regime, deixou expresso na escritura do pacto antenupcial que ao cônjuge sobrevivente será reconhecido o direito de meação.

O direito de meação é decorrente do regime de casamento diferenciando-se claramente da herança, já que o artigo 1.829, I do Código Civil, prevê que o cônjuge concorre na sucessão, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal, o que se explica pelo fato do cônjuge já possuir o direito a meação.

Segundo explica Gomes (2002, p. 11):

[...] a concorrência não ocorrerá se o cônjuge sobrevivente for casado no regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens, subsistindo, nessas hipóteses, com toda força, o regime de bens escolhido pelo casal, sendo certo que, no primeiro regime, de comunhão universal, por óbvio, a própria meação constitui garantia suficiente ao sobrevivente.

Temos que ressaltar que a meação também é um direito dos conviventes, no regime de concubinato instituído pelo art. 5º da Lei 9.278/96, reconhecida a união estável, os bens havidos na constância dessa convivência devem ser tidos como decorrentes do esforço comum da família, então estando provada a longa convivência comum é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta.

Assim tem entendido a jurisprudência:

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL – PARTILHA DE BENS – PEDIDO CONCERNENTE A ALIMENTOS – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE PARA REDUZIR OS ALIMENTOS FIXADOS. Comprovado o concubinato e que a concubina contribui com seu trabalho para a constituição de patrimônio, faz ela jus a meação dos bens adquiridos na constância dessa união estável. (TJMT – AC 19.678 – Classe II – 20 – Cuiabá – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Licínio Carpinelli Stefani – J. 16.02.1998)

UNIÃO ESTÁVEL – PARTILHA DE BENS – Comprovada a união e cabível a partilha dos bens do patrimônio existente durante a união promovendo-se a avaliação do espólio negociado durante eventual separação dos conviventes e distribuindo os valores atinentes a meação a concubina, pessoa que tinha, inclusive, atividade remunerada. Apelações, provida em parte e improvida. Segredo de justiça (TJRS – AC 597164839 – RS – 7ª C.Cív. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – J. 27.05.1998)

Então o patrimônio do falecido é dividido em duas partes iguais, sendo que uma se intitula herança e a outra meação. A herança pertence aos herdeiros do falecido, enquanto a meação pertence ao cônjuge supérstite, se o casamento foi celebrado pelo regime da comunhão universal de bens ou no caso de na escritura do pacto antenupcial for estipulado o direito de meação, mesmo se adotado regime diverso da comunhão universal de bens.

Logo, conclui-se que a meação é um direito próprio, conseqüentemente não é herança, embora com ela se confunda.

7 TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

7.1 Noções preliminares

Pode-se dizer que obrigação é um dever jurídico que vincula o adimplemento do que foi acordado pelas partes. Busca-se com a obrigação, garantir que os acordos sejam cumpridos, o direito obrigacional é o responsável pela sujeição do patrimônio do devedor, que não cumprir com seu encargo.

Interessante é o apontamento de Noronha (2003, p. 10):

Na mais célebre definição de obrigação que os antigos nos legaram, contida nas *Institutas* de Justiniano, que integravam o *Corpus juris civilis*, dizia-se (Inst. 3, 13, pr.) que *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* (obrigação é o vínculo jurídico pelo qual ficamos adstritos à necessidade de solver uma coisa, em conformidade com as normas jurídicas de nossa cidade).

Segundo ensina Souza (2001, p. 38):

A obrigação somente poderá surgir de uma convenção entre os interessados, como acontece nos contratos ou convenções mútuas, quando as próprias partes envolvidas manifestam as respectivas vontades ou quando por algum ato voluntário ou involuntário, lícito ou ilícito, devidamente previsto em lei.

Assim obrigação é a relação pela qual aquela pessoa intitulada credora, tem o direito de exigir de uma outra, denominada devedora o cumprimento de uma prestação.

Conforme ensina Noronha (2003, p. 13):

Embora o termo obrigação tenha conotação negativa, isto é, pareça apontar apenas o lado passivo da relação estabelecida entre credor e

devedor, a verdade é que a noção jurídica refere-se à totalidade dessa relação, englobando tanto o poder de exigir (crédito) como o dever de realizar a prestação (débito). Não existe outra palavra que, em linguagem corrente, possa substituir a de “obrigação”, como algo referindo-se simultaneamente ao “direito” e ao “dever”.

Não é necessariamente a pessoa que tem a obrigação que a cumpre, freqüentemente a transferência de obrigações está presente entre nós, podendo ser transferida uma propriedade, um crédito, a herança, dentre outros. Temos que em tese, qualquer elemento integrativo do patrimônio, pode ser sucessível de mutação, ou seja, transferência. Exceção são as proibições decorrentes da natureza da obrigação, ou da vontade da lei ou ainda da convenção entre as partes.

Segundo ensina Wald (2000, p. 174):

A transmissão das obrigações pode apresentar-se sob a forma ativa (cessão de crédito) ou passiva (cessão de débito), entre pessoas vivas (*inter vivos*) ou em virtude de falecimento (*mortis causa*), podendo ser a título universal, quando abrange todos os bens ou uma fração da totalidade dos bens do cedente (como ocorre em relação ao herdeiro) ou a título singular, quando só se refere a um crédito específico (v.g., um crédito contratual, que foi cedido).

A transferência da propriedade pode ocorrer por ato *inter vivos*, como é o caso da cessão de crédito, assim como pode ocorrer pela morte, ou seja, *causa mortis*, através da herança pela transmissão sucessória. Na transmissão entre vivos, o domínio do patrimônio cedido não se transfere de imediato, somente ocorrendo pelos contratos, em alguns casos mesmo antes da tradição, enquanto na sucessão por morte, o domínio e a posse da herança se transmitem imediatamente após o falecimento, aos herdeiros.

7.2 Diferença entre devedor e responsável

O devedor é aquele que contrai uma obrigação e não cumpre o que estipulou contratualmente, se trata do sujeito passivo de uma obrigação, ou melhor, aquele que deve.

Conforme define em seu dicionário jurídico De Plácido e Silva (1967, p. 522), é considerado “como devedor toda pessoa que está sujeita ao cumprimento de uma obrigação da qual não se desonera enquanto não a preste, ou de seu cumprimento dispense o credor”.

O responsável é aquele que assume uma obrigação, surgindo assim a responsabilidade para o cumprimento desta. Ensina Savatier *apud* Wald (2000, p. 139) “a responsabilidade se conceitua como obrigação que incumbe a alguém de ressarcir o dano causado a outrem, em virtude da inexecução de um dever jurídico de natureza legal ou contratual que o agente devia conhecer e observar”.

Devedor é a pessoa que tem uma relação pessoal e direta com o credor, enquanto o responsável é um terceiro que em razão de algum vínculo jurídico, passa a ser considerado devedor.

Ora, é sabido que entre a obrigação e a responsabilidade do devedor, existe um elo jurídico. Enquanto o responsável é aquela pessoa que sem estar necessariamente, direta e pessoalmente ligada a relação obrigacional do credor e do devedor, recebe da lei, a incumbência de pagar a dívida. O responsável se coloca nessa posição, por de alguma forma ter assumido a responsabilidade pelo ato do devedor.

Quando se diz, em linguagem corrente, que uma pessoa deve responder por seus atos, nada mais se faz do que definir sua responsabilidade, tendo em vista a repercussão dos atos praticados no grupo de convívio dessa pessoa. Então a responsabilidade dimensiona a área de atuação de uma pessoa, em face de determinados valores cultivados, quer por sua própria consciência, quer pelo grupo do qual ela faz parte. A título de comportamento social, a responsabilidade diz respeito à conduta do indivíduo perante o grupo como um todo. A título de

dever ela pressupõe normas, que impliquem o resguardo do direito de cada um dos indivíduos.

A palavra responsabilidade tem sua raiz no verbo *respondeo, respondi, responsum, respondere*, de múltiplos significados, como responder a, comprometer-se, corresponder a compromisso, ou a obrigação, anterior.

A responsabilidade jurídica consiste no dever de resposta às determinações legais que regulam o convívio social. Isso porque, juridicamente a responsabilidade de uma pessoa decorre da lei ou ocorre quando ela se manifesta espontaneamente demonstrando vontade em assumir uma obrigação. Essa possibilidade de criar um direito por simples expressão de vontade, implica, necessariamente, a existência de uma liberdade do homem para poder contrair obrigações, assumindo a responsabilidade.

A responsabilidade legal é a obrigação que é imputada a alguém, desde que ocorra a prática de algum ato ou havendo a constituição de determinada situação, prevista no ordenamento jurídico, como forma de estabelecer a responsabilidade.

Para Serpa Lopes (1962, p. 188), a responsabilidade se perfaz na “obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de outra circunstância legal, que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

Então o responsável é o obrigado ao cumprimento de uma obrigação assumida, que não necessariamente precisa ter sido por ele inadimplida, podendo recair sobre ele ônus que não deu causa, não tendo assim culpa, mas somente a responsabilidade pelo débito legalmente lhe instituído.

Pode acontecer de uma pessoa ser devedora sem ter responsabilidade pelo débito. Um indivíduo pode ser obrigado a sujeitar a uma situação pelo vínculo jurídico e não por que tem responsabilidade pelo fato. Exemplo clássico é o fiador, que não deu origem ao débito, mas quando o responsável pela dívida não cumpre sua obrigação, pode ser ele compelido responder pelo débito que não deu causa.

Pode haver também obrigação, sem haver no entanto responsabilidade, ocorre no caso de uma pessoa ser devedora, mas não haver como lhe cobrar o

adimplemento da obrigação, por não haver previsão legal para sua cobrança, exemplo é o caso das dívidas de jogo e dos débitos prescritos.

A violação de uma obrigação enseja responsabilidade, mas as vezes quem responde por ela não deu causa ou não descumpriu a obrigação, como é o caso dos herdeiros que não foram os responsáveis pelas dívidas do *de cujus*, mas com a transmissão da herança, transmite-se também as dívidas sendo estes responsáveis pelo pagamento, pois como estipula do artigo 1.997 do Código Civil, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que lhe coube na herança.

Salutar é a distinção entre obrigação e responsabilidade apontada por Wald (2000, p. 29):

A distinção entre obrigação e responsabilidade foi feita por Brinz na Alemanha, que discriminou, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (Schuld), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (Haftung), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou uma quantia equivalente acrescida das perdas e danos, ou seja, da indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida.

A responsabilidade é uma relação jurídica que deriva do inadimplemento de uma outra relação jurídica, de que originou a obrigação. Temos então que o débito é um vínculo pessoal e a responsabilidade um vínculo do patrimônio para garantir a obrigação.

As pessoas podem ser responsáveis por determinado encargo, por serem devedores em uma obrigação de direito material ou por terem assumido a responsabilidade em nome do originário devedor. No primeiro caso, devem ser incluídos os sucessores, porque com a transmissão hereditária há a transferência também as obrigações, já que através desta existe a continuação natural ou legal do sucedido, a partir dessa transferência os sucessores tornam-se responsáveis pela obrigação. No segundo caso figura o fiador, que é responsável, mas não é obrigado frente ao credor, lógico que se tornando responsável, está assumindo

uma obrigação, mas esta não se formou diretamente e também não houve a aceitação dele.

Segundo Lima (1977, p. 160):

A tendência moderna é separar, assim, as duas situações: a do “obrigado” e a do “responsável”, se bem que ambos caibam, amplamente, no segundo termo. Daí por que José Alberto dos Reis muito bem adverte sobre o problema: “Convém distinguir responsabilidade, visto que esta é a sujeição à coação ou aos atos pelos quais se traduz a sanção e sem coação não é concebível o vínculo obrigatório; mas pode haver responsabilidade sem obrigação, o que significa que o responsável, isso é, o indivíduo sujeito à coação, pode ser pessoa diversa do obrigado”. Um portanto, se obrigou e outro assumiu a responsabilidade.

Em regra, os dois tanto o devedor como o responsável, se confundem num só titular, aquele que se obrigou tem a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação. Mas, o responsável pode não ser o devedor, mas mesmo assim pode ser responsabilizado pelo pagamento da dívida, quando isto ocorre ele é considerado o sujeito passivo indireto de uma obrigação, ou seja, um terceiro que é eleito como devedor da obrigação, por uma disposição legal.

A presença do responsável como devedor na obrigação, acarreta uma modificação no pólo passivo do direito obrigacional, pois existe a substituição no lugar que originariamente seria ocupado pelo devedor. Quando uma pessoa possui um débito, deveria esta obrigatoriamente figurar no pólo passivo da obrigação, recaindo sobre ela a cobrança do débito, mas por disposição legal subsiste a possibilidade para o credor cobrar daquele que é responsável pela dívida, que não é necessariamente o devedor, podendo ser quem legalmente foi instituído, então aquele que se intitula responsável se coloca nesse momento na posição do devedor, respondendo pela dívida.

7.3 Transmissão das obrigações *causa mortis*

A transmissão das obrigações tem início na vida jurídica dos povos, com o desenvolvimento econômico, ou seja, quando a propriedade adquire certa importância se começa a pensar na substituição do falecido pelo seu sucessor.

No direito romano, existia a transmissão obrigacional com cunho somente religioso, já que a partir do momento que morria uma pessoa, seu sucessor obrigatoriamente teria que continuar o culto dos deuses familiares. Os deveres religiosos, foram os primeiros encargos que a sucessão *causa mortis* acarretou, visto que só com eles poderia se transmitir o patrimônio do falecido.

A sucessão *causa mortis*, tem um fundamento social, já que nunca poderá se afirmar que um ser humano não morrerá, então ele não pode assumir certa obrigação, e esta se esvai no tempo e no espaço com a morte, então mesmo com o falecimento determinadas situações ainda terão seguimento através dos herdeiros.

Não há como se afirmar que uma pessoa viverá tempo o suficiente, para cumprir todas as obrigações que assumiu em vida. Porém, se houvesse a dissipação de todas as relações jurídicas com a morte, poderia se criar uma anarquia de ordem moral, jurídica e econômica.

Também tem a transmissão obrigacional *causa mortis* um outro aspecto, o jurídico, já que o patrimônio do indivíduo constitui uma universalidade, um conjunto indivisível de direitos, que passam ao sucessor universal, sem que com essa transferência perca a unidade, que é o seu caráter definidor.

Logo, os encargos da herança representam um contra-posto do lucro trazido pela herança, porque como a herança é um todo universal, transmite-se aos herdeiros todo o patrimônio, composto de ativo e passivo, assim são transmitidas todas as obrigações ao sucessor.

Conforme o ensinamento do insigne Souza (2001, p. 76):

Quem sucede o faz em direitos e obrigações, não podendo usufruir apenas do direito e desprezar as obrigações, pois, se assim fosse,

ampliar-se-iam os direitos em relação ao sucessor e em razão da sucessão e, depois, se não assumisse as obrigações, estas seriam supressas, o que fere o mais elementar princípio de direito universal, que consiste em que ninguém pode transferir mais direito do que tem.

No caso da sucessão *causa mortis*, uma pessoa se torna responsável pela transferência da obrigação, esta é passada para o herdeiro, em razão do evento morte. Assim falecida uma pessoa, seus herdeiros passam a responder pela obrigação do *de cuius*, simplesmente pelo fato de haver a transmissão da herança, como esta se transfere de imediato com a morte, passa a fazer parte do patrimônio do sucessor, assim existindo pendências será ele responsável pela dívida, respondendo até a parcela do quinhão herdado.

Transmitindo-se o patrimônio também se transferem as obrigações decorrentes, devendo assim o herdeiro responder por todas as obrigações assumidas pelo autor da herança, já que esta se transmite no “exato instante do falecimento, oportunidade em que se opera a imediata e automática transmissão das relações jurídicas do *de cuius* aos seus herdeiros” (CAHALI e HIRONAKA, 2000, p. 65).

8 PAGAMENTO DAS DÍVIDAS

8.1 Noções preliminares

O pagamento das dívidas do *de cuius* é feito inicialmente no inventário, já que é neste que se apura a liquidez da herança, apontando-se o que cabe a cada herdeiro depois de satisfeitos os créditos dos terceiros, visto ser necessário pagar as dívidas dos credores do sucessor, para se proceder a partilha.

Para se apurar o verdadeiro patrimônio do falecido e proceder a liquidação da herança, busca-se subtrair do inventário os bens ou direitos de estavam na posse do *de cuius*, mas não o pertenciam, somente sendo inventariados os bens pertencentes efetivamente ao falecido, para que com isso possa ser valorada a totalidade do patrimônio existente. Posteriormente se procederá ao pagamento dos débitos da herança, tanto os antecedentes como os posteriores a abertura do inventário, no caso de dívidas ainda não vencidas.

Segundo explicita o artigo 1.997 do Código Civil, a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, logo desta deve-se apurar os débitos do credor do *de cuius* e realizar o seu pagamento, norma esta também expressa no Código de Processo Civil em seu artigo 1.017, que estipula que “antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis”.

Temos que a lei ampara o direito do credor do falecido, o legislador em busca de uma segurança social, não poderia permitir que as dívidas se esvaíssem com a morte do credor, tendo que serem retiradas do patrimônio que o *de cuius* possuía, devendo o credor cobrar do espólio o que lhe é devido, conforme estipula o artigo 597 do Código de Processo Civil, ao dispor que o espólio responde pelas dívidas do falecido.

O mesmo artigo supra citado dispõe que após ser feita a partilha, cada herdeiro responde pelas dívidas na proporção da parte que na herança lhe coube, logo o pagamento das dívidas do falecido será nos limites do que fora herdado,

não podendo ultrapassar o patrimônio adquirido na sucessão e incluir o patrimônio pessoal. O que os herdeiros recebem a título de herança é o que sobrou da liquidação, do ativo e do passivo do *de cuius*, logo o pagamento dos débitos deste deve ser feito até esse limite.

Rodrigues (2002, p. 331) ensina que:

Em rigor, o patrimônio transmissível aos herdeiros do *de cuius* é apenas o saldo entre o seu ativo e o seu passivo. Portanto, para se apurar o montante da herança, isto é, aquilo que será objeto da sucessão, mister se faz, primeiramente, apurar o montante de suas dívidas, para resgata-las. Uma vez deduzidos do monte os débitos do falecido, verifica-se qual o seu ativo. Sobre este incidem os impostos sucessórios. Esses bens, que compõem o ativo da herança, é que se transmitem aos herdeiros e legatários do finado.

As dívidas dos credores do *de cuius* devem ser cobradas dentro do inventário, até o limite de bens da herança, isto em decorrência de uma regra que garante segurança jurídica, já que estipula o artigo 391 do Código Civil, “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”, logo como devedor é falecido, do seu patrimônio devem ser extraídos os bens para responderem pela sua obrigação, quando esta foi adquirida em vida, mas durante esta não foi solvida, por conseguinte, deve ser cobrada da sua herança, pois o credor não pode ser prejudicado pelo inadimplemento de uma pessoa somente porque esta morreu.

A mesma coisa se denota da leitura do artigo 591 do Código de Processo Civil, “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”, portanto o *de cuius* que adquiriu certa obrigação em vida, tendo bens deve pagá-la, a partir do momento em que está morto quem responde é a sua herança. Quando era vivo, o patrimônio do *de cuius* representava uma garantia para o credor, com a morte deste o direito do credor recai sobre o acervo hereditário por este deixado.

Segundo ensina Veloso (2003, p. 402), “morrendo o devedor, não se consideram, por si só, pagas e quitadas as suas dívidas. Os credores acionarão o espólio e receberão da herança o que lhes for devido”.

8.2 Procedimento para o pagamento das dívidas no espólio

O procedimento para o pagamento das dívidas do espólio é regulado pelos artigos 1.017 a 1.021 do Código de Processo Civil. As dívidas do credor do espólio devem ser requeridas no juízo do inventário antes da partilha, já que após partilhados os bens, a cobrança recairá sobre os herdeiros na medida do que foi por ele recebido a título de herança.

Essas dívidas devem ser líquidas e exigíveis, conforme estipula do artigo 1.017 do Código de Processo Civil, devendo estar presentes essas duas condições, conforme nos ensina Fischmann (2000, p. 141):

A dívida deve estar vencida e ser exigível, conceitos que se aproximam, mas não se confundem; pode haver uma dívida cujo prazo de pagamento já decorreu, mas ainda não está exigível porque dependendo da ocorrência de determinado evento ou acontecimento. O *de cujus* prometera efetuar o pagamento final da compra de um imóvel no prazo mínimo de 90 dias da assinatura da promessa de compra e venda, desde que estivesse em condições de ser assinada a escritura pública definitiva de compra e venda. A grande maioria das dívidas, no entanto, uma vez vencidas é exigível;

Sendo que conforme estipula o § 1º do artigo 1.017 do Código de Processo Civil, a petição que for levada ao juízo do inventário, deve estar acompanhada de prova literal da dívida, segundo Couto e Silva *apud* Fischmann (2000, p. 142) “o documento comprobatório da dívida deve estar firmado, ‘estabelecendo, por esse modo, documentalmente as figuras do devedor e credor”, assim a petição deve trazer prova de que a dívida é líquida e exigível, sendo posteriormente distribuída por dependência e atuada em apenso aos autos do processo de inventário.

Notável é o comentário de Barros (1977, p. 295):

Certo que o pedido se faça por escrito, que a petição se acompanhe de prova literal da dívida e que seja atuada em apenso aos autos do inventário. O requerimento é o meio normal e hábil de se pedir qualquer coisa ao juiz. Vai conhecer um despacho de movimentação, como pode, conforme o caso, motivar o imediato deferimento ou a imediata recusa. O pedido de pagamento de dívida em inventário deve vir acompanhado de prova escrita da existência da dívida e de seu montante. Para que

possa provocar e merecer concordâncias, deve ser incontestável, isto é, certa quanto ao seu valor. Em resumo: deve ter a força de convencer e tranquilizar. Os representantes de menores, incapazes e ausentes; o testamenteiro, que deve cumprir a vontade do morto, e o representante da Fazenda Pública, que verá minguar-se o montante partível e tributável, todos esses precisam estar convencidos da existência e do montante da dívida, para que tenham a certeza da correção de suas atitudes no incidente.

Havendo a prova de que existia dívida, depois de requerida habilitação, estando em total acordo as partes com o pedido do credor do espólio, o juiz ao declarar habilitado o credor, mandará que se faça a separação do dinheiro, ou de bens suficientes para a o seu pagamento, segundo § 2º do artigo 1.017 do Código de Processo Civil. Estando os bens separados, o juiz mandará aliená-los em praça ou leilão, previsão do § 3º do dispositivo acima citado. Então no processo de inventário não havendo dinheiro para saldar as dívidas do espólio, procede-se a uma penhora, pois os bens serão reservados, para posterior levantamento do valor, que somente poderá ser feito por meio de praça ou leilão.

Esta reserva de bens também está prevista no artigo 1.997, § 1º do Código Civil, que dispõe que, quando antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento das dívidas, estando estas inseridas em documentos, revestidas de formalidades legais, constituindo assim prova suficiente da obrigação, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para a solução do débito, sobre os quais oportunamente possa recair a execução. Ressalve-se que o mesmo instituto, se houver impugnação alegando o pagamento, acompanhada de prova valiosa, que afigure uma grande probabilidade de ter a dívida sido solvida, não se faz necessária a reserva.

A lei não estabelece nenhuma ordem de preferência aos bens a serem reservados, mas a ordem comum é primeiro bens móveis, depois semoventes e por fim imóveis. Poderão ser separados tantos bens quanto forem necessários ao pagamento da dívida do *de cuius*, sendo que a separação deverá seguir o que for melhor para o espólio.

Nos mostra Rodrigues (2002, p. 333) a esse respeito que:

Se não houver dinheiro, separam-se bens em quantidade necessária para o pagamento do passivo, de preferência móveis e semoventes, e só excepcionalmente imóveis. Tais bens serão vendidos em praça, observadas as regras de execução de sentença (CPC, art. 1.017, § 3º), usando-se o produto para o pagamento dos débitos.

O § 4º do artigo 1.017 do Código de Processo Civil, prevê que “se o credor requerer que, em vez de dinheiro, lhe sejam adjudicados, para o seu pagamento, os bens já reservados, o juiz deferir-lhe-á o pedido, concordando todas as partes”. Vemos então que o credor poderá requerer a adjudicação dos bens reservados, ao invés de ser feita a venda judicial, para posterior pagamento da dívida. O pagamento é feito pelos próprios bens que iriam para leilão ou praça, não precisando esperar este acontecimento para se receber o valor devido em dinheiro. Ocorrendo esta adjudicação, há a incidência de imposto de transmissão *inter vivos*, como ensina Fischmann (2000, p. 146):

O exame do § 4º - adjudicação de bens pelo credor, ou mesmo na hasta pública – revela que deve ser pago o imposto de transmissão *inter vivos* (venda do espólio para o credor ou para licitante); não há imposto *causa mortis* porque a dívida era do *de cuius* ou do próprio espólio, de tal modo que se considera como não tendo os bens separados e alienados ou adjudicados pelo credor, sequer ingressado no monte-mor.

Caso não haja concordância entre as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será o inventário remetido para os meios ordinários, onde deverá o credor ajuizar a medida judicial cabível, previsão esta do artigo 1.018 do Código de Processo Civil. O que objetiva essa remessa para o rito ordinário é a discordância das partes, pois no processo de inventário não poderá haver discordância quanto a habilitação de crédito.

Essa discordância não precisa ser motivada, basta a simples declaração de vontade do não aceite, não sendo atendido o pedido do credor terá ele que discutir o seu crédito na via ordinária, através de processo contencioso. Mas, no entanto, Venosa (2002, p. 372) entende que:

A insurgência de qualquer interessado não pode ser meramente emulativa. Cabe ao juiz coactar esse tipo de irresignação. Cumpre o

exame do caso concreto. O herdeiro, ou o interessado, que resistir injustificadamente ao pagamento de um crédito no inventário, deverá ser responsabilizado perante a massa pelos prejuízos a que der causa.

O pagamento das dívidas no próprio inventário demonstra-se mais vantajosa tanto para o credor quanto para o espólio, isso é o que nos mostra Barros (1977, p. 300):

A cobrança administrativa no inventário é um atalho que a todos beneficia: ao credor, porque recebe logo, sem mais delongas; ao espólio, porque facilita sua liquidação e a marcha do inventário, lembrando-se, ainda, que uma não concordância infundada, caprichosa, irá redundar na demora da conclusão do inventário, no pagamento das custas e dos honorários do advogado do credor, se tiver este, para receber o que lhe é devido, de litigar contra o espólio. Terá, também, o espólio de pagar, possivelmente, os honorários do advogado que o defende, eis que o advogado é, normalmente, contratado para o procedimento especial do inventário e não para as ações em que o espólio litiga. Sendo a defesa na ação de cobrança outro feito em que tenha de intervir, por mais esse trabalho legitimam-se os seus honorários.

Mesmo remetendo o credor para os meios ordinários, deverá o juiz mandar, que se reservem bens suficientes para pagamento do seu débito, desde que haja prova de que a dívida realmente exista, caso não haja essa prova ou a recusa da concordância do espólio se fundar na quitação, logo não há a obrigatoriedade da reserva dos bens, conforme se denota do parágrafo único do artigo 1.018 do Código de Processo Civil.

Essa exigência legal tem justificativa, já que como visto anteriormente a lei exige para habilitação no inventário prova literal da dívida, logo não se pode aceitar que uma pessoa que não provou, ter crédito a receber do espólio, impeça o regular tramite do inventário para sua posterior liquidação e partilha. Também não havendo concordância das partes, sobre a justificativa de já ter havido a quitação do débito, não deve ser feita reserva de bens do inventário para posterior pagamento, neste caso a lei coloca como único fundamento para não haver a reserva de bens, a existência de quitação. Mas na verdade deve haver alguma prova de que existiu a quitação, não podendo se fundamentar somente na simples impugnação para não haver a reserva de bens, o juiz terá que analisar cada caso, para que possa agir com justiça, na decisão sobre quais créditos

necessitam do resguardo de bens e daqueles em que essa medida não se faz necessária.

Conforme nos mostra Venosa (2002, p. 372):

No inventário há, pois, uma nítida distinção entre créditos admitidos pelos interessados e créditos não admitidos. Se não há documentação suficiente, não tem o juiz poder de ex officio determinar a reserva de bens. Nesse caso é que deverá ser útil ao credor o processo cautelar.

Da decisão que remeter o credor para discutir seu crédito no juízo ordinário, caberá recurso, assim como da decisão que não concede a reserva de bens. Segundo a explicação de Fischmann (2000, p. 148):

Em primeiro lugar, pela razão de que toda decisão é passível de recurso. É claro que a primeira hipótese afigura-se de maior raridade, pois ter-se-ia de pensar que não houve discordância das partes quanto ao pedido do credor, mas o juiz, ou porque não verificou assentimento de todos, ou por qualquer outra razão, resolveu desatender o pleito e remeter as partes às vias ordinárias; já no segundo caso, se a reserva não ocorreu porque simplesmente alegada a quitação, haverá legitimidade do credor para buscar a reforma do *decisum*, caso em que terá de demonstrar, minimamente, que a alegação não tem a menor sustentação. Vale o registro de que a questão da remessa aos meios ordinários é prejudicial à da reserva, pois esta última é consequência da primeira.

Temos que mesmo o credor que possui dívida líquida e certa, mas que ainda não estão vencidas, podem requerer sua habilitação no inventário, segundo expressamente estipula o artigo 1.019 do Código de Processo Civil, assim os credores que possuem dívidas mesmo que inexigíveis poderão requerer a habilitação de seu crédito no inventário.

Barros (1977, p. 303), tece o seguinte comentário:

Acautelando os interesses de todos, permite o Código se inicie o processo de habilitação antes do vencimento, ou da exigibilidade, o que é de louvar-se. Considera, desde logo, esse componente do passivo e manda se prepare, no feito, a indispensável separação e reserva de bens para atender a obrigação.

Neste caso também há a exigência da concordância de todas as partes, com o pedido de habilitação, pois sem esta segue o estipulado pelo artigo 1.018 do Código de Processo Civil, remetendo-se a questão para os meios ordinários. Poderá haver a aplicação da regra do parágrafo único do artigo 1.018 do Código de Processo Civil, ou seja, há possibilidade da reserva de bens, quando o processo for remetido para os meios ordinários, desde que estejam presentes dois requisitos, que a dívida conste de documento que compre suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.

Havendo a concordância de todas as partes, como o pagamento da dívida não pode ser exigido, já que não está vencida, o juiz deve habilitar o credor, separando os bens necessários, para o posterior pagamento quando a dívida se tornar exigível. Assim com a separação dos bens, o espólio sofre um desfalque, que será revertido especificamente para satisfazer um crédito preexistente. Nos dizeres de Fischmann (2000, p. 149), “no momento em que se permitiu que se efetue a cobrança de crédito por habilitação no inventário, criou-se, aí, verdadeiro processo executivo”.

Mas no processo de inventário pode haver vários contratempos, com isso ele não se torna tão célere como o esperado, podem surgir vários incidentes que atrapalham o andamento normal do inventário. Como qualquer fato referente ao inventário deve ser resolvido pelo juiz, cabe a este nos próprios autos solucionar os incidentes.

O artigo 1.020 do Código de Processo Civil, nada mais faz do que deixar expresso que o legatário é parte no inventário, dando-lhe legitimidade para manifestar-se quando houver um pedido de habilitação de crédito. Terá direito a se manifestar, quando houver a divisão da herança em sua totalidade em legados, assim como quando o reconhecimento das dívidas importar redução dos legados.

Segundo ensina Barros (1977, p. 304):

A defesa dos direitos do legatário é de fazer-se como a de qualquer titular, com plenitude, envolvendo, também, a faculdade de vigiar. Havendo nos autos do inventário um pedido de pagamento, cujo acolhimento injustificado ou ilegítimo pode trazer-lhe prejuízos

financeiros, reduzindo seus direitos hereditários, isso lhe dá a qualidade para falar, concordando, ou opondo-se.

Logo, não tendo influência sobre o legado herdado, não causando nenhuma diminuição para o legatário não há razão para este interferir na habilitação dos credores, já que não estará seu direito atingido, não há necessidade de sua manifestação.

Diferente é o caso de toda a herança estar dividida em legados, pois neste caso será o legado atingido de qualquer maneira, assim caberá aos legatários concordarem ou não com o pedido de pagamento do crédito.

Poderá, ocorrer também manifestação do legatário quando houver redução do valor da herança, para o pagamento das dívidas, previsão do artigo 1.967, §§ 1º e 2º, que estipula que excedendo as disposições testamentárias a parte disponível da herança, reduzir-se-ão aos limites desta, proporcionalmente as quotas do herdeiro, e não bastando também os legados. Assim terá o legatário direito a se manifestar, com fundamento no artigo 1.020, II do Código de Processo Civil, já que haverá uma redução natural de seu legado.

Pode ocorrer que os créditos não precisem ser habilitados no inventário, podendo de imediato ser executado, caso em que cabe aos herdeiros separarem os bens para o pagamento da dívida, concedendo autorização para que o inventariante nomeie a penhora no processo em que o espólio for executado, isto é o que estipula o artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

Sensato é o comentário de Barros (1977, p. 305):

O que é normal e certo, e da natureza das coisas, é que o devedor, não tendo dinheiro, escolha entre os seus bens aqueles que irá alienar para, com o preço, pagar as dívidas exigíveis. A menor estima pelo bem, ou o seu maior valor venal tudo isso é razão para o devedor definir-se nessa preferência.

A execução contra o espólio, pode ser por um processo judicial inicialmente movido diretamente contra o falecido, assim como a execução se insurgir contra o

próprio espólio após o falecimento, devido a transmissão da responsabilidade do *de cuius* aos herdeiros. Segundo o pronunciamento de Venosa (2002, p. 374):

O credor do espólio, já que tem como garantia todo o patrimônio hereditário, pode, na falta de nomeação de bens pelo devedor, pedir a penhora sobre qualquer bem da herança, como faria com relação ao patrimônio do falecido, se vivo fosse.

Pressupõe-se que seria indispensável a autorização dos herdeiros, para que o inventariante, responsável pela administração dos bens do espólio, os indicasse a penhora, no entanto Fischmann (2000, p. 151), mostra que:

Todavia, conforme o caso e sendo necessário para que não haja perda do prazo de nomeação de bens, uma atitude expedita do inventariante, poderá ele, desde logo e mesmo sem a prévia autorização dos herdeiros, fazer a nomeação de bens, submetendo seu ato, posteriormente, à ratificação destes e do juiz do inventário.

O mais sensato é o herdeiro nomear os bens a penhora, assim exercendo seu direito de escolha já que “a penhora dos bens do espólio é coisa tranqüila, poderá fazer-se com a anuência dos herdeiros, sem ela ou apesar da sua oposição” (BARROS, 1977, p. 305).

Depois de ser procedido o inventário, pagando-se os débitos e auferindo os bens constantes do espólio, procede-se a partilha que é o modo pelo qual é feita a divisão da herança, entregando-se a cada sucessor sua parte da totalidade do patrimônio herdado.

8.3 Dívidas póstumas

As dívidas póstumas são aquelas adquiridas pelo próprio espólio, assim deverão ser pagas anteriormente às dívidas do *de cuius*, contanto que não exista uma preferência das dívidas do falecido decorrente de direitos reais (VENOSA, 2002, p. 374).

Conforme comentário de Veloso (2003, p. 403):

As despesas funerárias (exéquias, cerimônias fúnebres), sem dúvida, não são dívidas do *de cuius*, mas foram feitas em razão de sua morte e da necessidade de dar o destino a seu corpo, com toda a dignidade (o que não quer dizer que seja com luxo e pompa). Devem ser pagas pelo monte hereditário. São dívidas póstumas, e privilegiadas.

As despesas funerárias são aqueles gastos posteriores ao falecimento do autor da herança, são compostas de gastos com médicos, remédios e despesas hospitalares, relativas à enfermidade de que faleceu o *de cuius*, assim como, os gastos com o enterro, ou seja, o pagamento à agência funerária para transporte do corpo, gastos com a publicidade fúnebre, a compra do terreno em cemitério, e mesmo os efetuados com a edificação de jazigo; de sufrágio por alma do finado, quando ordenados em testamento ou codicilo (RODRIGUES, 2002, p. 335).

Segundo extraímos da análise do artigo 1.998 do Código Civil, as despesas funerárias, havendo ou não herdeiros legítimos, sairão do monte da herança, entretanto as de sufrágios por alma do falecido, ou seja, missas e outros atos religiosos, só obrigarão a herança quando ordenadas em testamento ou codicilo. Devido a isto temos que saber qual a ordem de preferência para a satisfação dos débitos, que no entender de Venosa (2002, p. 375), é a ordem de privilégio do artigo 965 do Código Civil.

Seguindo o estipulado pelo artigo 965 do Código Civil, primeiro devem ser pagos os créditos decorrentes da despesa do funeral, devendo este ser feito segundo a condição do morto e o costume do lugar, ter-se-á que o enterro deve ser feito, conforme as condições do falecido, não podendo ser a herança onerada com uma pompa desnecessária.

Ao comentar este dispositivo Gonçalves (2003, p. 573), ensina que:

Justifica-se o privilégio, que já era reconhecido no direito romano, por motivos de humanidade e religião, pelos quais se prestam ao morto as honras fúnebres que cercam o sepultamento. Incluem-se entre as despesas as de enterro e as despendidas com o aluguel de carro fúnebre e aquisição de flores, o preço do espaço ocupado no cemitério, dentre outras. As despesas reconhecidas como privilegiadas são as

feitas segundo a condição do falecido e o costume do lugar, não se admitindo gastos com monumentos suntuosos.

Posteriormente, procede-se ao pagamento das custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa. Incluem-se aí as despesas com avaliação e manutenção dos bens hereditários, tanto como os honorários de advogado do inventariante, honorários relativos a ações promovidas pelo espólio ou contra o espólio, assim como as remunerações do inventariante dativo e do testamentário (VENOSA, 2002, p. 375).

No seu inciso III, o artigo 965 do Código Civil, prevê que deverão ser pagas as despesas com luto do cônjuge supérstite e dos filhos do devedor falecido, desde que foram moderadas. São estas as despesas com a publicação do anúncio do falecimento.

Segue em seu inciso IV, o supra citado artigo, na ordem de preferência estipulada a proceder-se o pagamento das despesas com doença de que faleceu o devedor, alcançando inclusive aquelas do semestre anterior a sua morte.

Continuando a ordem de privilégio geral, o artigo 965 do Código Civil, em seu inciso V, dispõe que pagam-se os gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao seu falecimento. Se as despesas foram pagas por apenas um herdeiro, devem elas serem rateadas pelos demais, não podendo um só dos herdeiros, arcar com todo esse dispêndio.

Seguindo, o mesmo artigo citado acima, em seu inciso VI, defini o privilégio para o pagamento de impostos devidos à Fazenda pública, no ano corrente e no anterior.

Depois no seu inciso VI, o indigitado artigo privilegia os créditos pelos salários dos empregados do serviço doméstico, nos derradeiros meses de vida do *de cuius*. Logicamente, as pessoas que trabalharam na casa do falecido, deverão ter alguma preferência para receber seus créditos, pois estas pessoas do serviço doméstico que prestaram assistência ao *de cuius*, nos seus derradeiros meses de vida, necessitam de seus salários para gerir sua subsistência e de sua família.

Esses créditos devem ser atendidos antes dos demais existentes no espólio, antes, portanto, daqueles créditos que tiveram origem quando ainda vivo

o falecido. Esse privilégio é bastante relevante no caso do passivo ser maior que o ativo, não podendo assim a herança arcar com todos os débitos (VENOSA, 2002, p. 376).

8.4 Pagamento das dívidas após o inventário

Depois de efetivada a partilha os credores do falecido, cobrarão seus débitos não mais do espólio, mas sim dos herdeiros, na proporção da parte que na herança lhes coube, conforme dispõe o artigo 1.997 do Código Civil.

Segundo comenta Zavascki (2000, p. 298):

Feita a partilha dos bens do espólio, cada herdeiro passará a responder pelas dívidas do *de cujus* na proporção da parte que na herança lhe coube. O formal de partilha será o documento básico para aquilatar a extensão dessa responsabilidade, eis que nele estarão descritos os bens herdados e o que eles representam, em valor relativo, em face do patrimônio partilhado.

Assim, mesmo que esteja findo o inventário, as dívidas que eram do autor da herança ainda podem ser cobradas, neste caso dos herdeiros, já que com a transferência do patrimônio do falecido cabe a eles responderem por eventuais débitos.

9 RESPONSABILIDADE DO HERDEIRO

9.1 Noções preliminares

Segundo o artigo 1.997 do Código Civil, aberta a sucessão o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Com o ativo, inseparavelmente, se transmite o passivo, por isso, temos que a morte não dissolve o nexo que em vida unia o falecido a seus credores, sendo assim, seu patrimônio é o responsável pelo pagamento de eventuais débitos.

O herdeiro como substituto natural do *de cuius*, recebe a herança e com isso todos os direitos e obrigações pertencentes ao falecido, ocorrendo assim, uma substituição em todas as relações jurídicas em que participava aquele que fora sucedido.

Isso ocorre desde o direito romano, como ensina Rodrigues (2002, p. 25):

No direito romano, a responsabilidade do herdeiro pelas dívidas do *de cuius* é ilimitada e absoluta, não havendo meio de o sucessor livrar-se do dever de resgatar citados débitos, pois o herdeiro entra no lugar do falecido e, da mesma forma que recebe o ativo, assume, também, o passivo por ele deixado. O patrimônio do herdeiro se confunde com o patrimônio do finado, de modo que os credores deste passam a ser credores daquele.

Assim com a morte de uma pessoa, a seu herdeiro transmitem-se os bens, tanto quanto suas dívidas, ou seja, ocorre a transmissão tanto do ativo quanto do passivo. Conforme ensina Diniz (2003, p. 3):

Com a morte do autor da herança o sucessor passa a ter a posição jurídica do finado, sem que haja qualquer alteração na relação do direito, que permanece a mesma, apesar da mudança de sujeito. Deveras, ressalvado o sujeito, mantêm-se todos os outros elementos dessa relação: o título, o conteúdo e o objeto. Desta forma, o herdeiro insere-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém do *de cuius*.

Os herdeiros estão sub-rogados nas relações jurídicas patrimoniais do falecido, tornando-se responsáveis pelos direitos subjetivos, isto é, tendo uma titularidade ativa, também possuindo uma titularidade passiva, respondendo pelas obrigações, por isso podem propor uma execução em nome do espólio, como estão sujeitos a suportá-la.

Com a transferência dos débitos, que foram assumidos pelo *de cuius*, torna-se o herdeiro responsável pelo pagamento das dívidas, conforme previsão legal do artigo 1.997 do Código Civil, que determina que após ser feita a partilha os herdeiros respondem pelas dívidas do falecido, cada um na proporção da parte que na herança lhe coube.

Estabelecida a responsabilidade do herdeiro pelos direitos e obrigações do *de cuius*, deve-se estabelecer a sua extensão. No direito romano, a responsabilidade era ilimitada, pois neste momento histórico havia a confusão das pessoas do falecido e do herdeiro, a herança era transmitida sendo igual, superior ou até mesmo inferior as dívidas passivas do sucedido.

Ressalte-se que a substituição *causa mortis* tinha fundamento na religião e continuação da família, assim haveria uma continuação do lar e culto dos deuses, tendo assim a obrigação dos sucessores natureza personalíssima.

No entanto, hoje em dia se transmite aos herdeiros a responsabilidade pelo pagamento dos débitos até o limite herdado, na proporção da herança que lhe coube, conforme o artigo 1.997 do Código Civil.

O sucessor se torna responsável no lugar do *de cuius*, somente na qualidade de herdeiro, portanto responde pelos débitos até o limite da herança que recebeu. Obrigar o herdeiro a responder com seu patrimônio, por dívidas da herança integralmente, seria o mesmo que obrigá-lo individualmente por um débito que não contraiu.

O patrimônio particular do herdeiro não pode ser compelido a pagar as dívidas adquiridas pelo sucedido, entendimento esse consolidado na jurisprudência:

EMBARGOS DE TERCEIRO. Os bens dos herdeiros não podem ser penhorados para pagamento da dívida do falecido, em que reste feita a partilha dos bens do espólio. Antes da partilha, a execução deve ser aforada contra a herança representada pelo inventariante, e não contra os herdeiros, por serem parte ilegítima. A penhora dos bens dos herdeiros, antes da feitura da partilha, constitui constrição ilegal, que enseja a ação de embargos de terceiro. Sentença reformada. Recurso provido. (Apelação Cível n. 186042156, 3ª Câmara Cível, Guaíba) JTARGS, n. 61, p. 286 e 287.

HERDEIRO – RESPONSABILIDADE – Realizada a partilha, respondem os herdeiros pelas dívidas do autor da herança, conforme o artigo 1.796 do Código Civil, até o limite de seu quinhão hereditário. (TRT 4ª R. – AP 50007.661/98-3 – 4ª T. – Rel. Juiz José Carlos de Miranda – J. 18.11.1998)

Segundo Theodoro Jr. (1999, p. 284), “as obrigações do autor da herança não desaparecem com a morte. Não sendo personalíssimas, acompanham o patrimônio deixado pelo devedor e transferem-se para os seus herdeiros, dentro das forças da herança que lhe couber”.

O herdeiro assume assim, a responsabilidade pelo pagamento dos débitos feito pelo falecido, aquele se torna responsável por uma previsão legal, já que a herança se transfere como uma universalidade, por isso desde que aceite esta, logo assume todos os débitos que o sucedido tinha, a única maneira de não responder pelos débitos seria renunciando a herança.

Segundo ensina Souza (2001, p. 76):

Quem sucede o faz em direitos e obrigações, não podendo usufruir apenas do direito e desprezar as obrigações, pois, se assim fosse, ampliar-se-iam os direitos em relação ao sucessor e em razão da sucessão e, depois, se não assumisse as obrigações, estas seriam supressas, o que fere o mais elementar princípio de direito universal, que consiste em que ninguém pode transferir mais direito do que tem.

Há de se ressaltar, que a aceitação é sempre feita em benefício do inventário, assim não assume o herdeiro responsabilidade pelo pagamento das dívidas do finado, independente do valor do seu montante da herança. Logo conforme expresso está no artigo 1.792 do Código Civil, o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança, ou seja, o herdeiro responde com

o patrimônio que herdou, não podendo sua responsabilidade pelas dívidas exceder as forças da herança.

Segundo estipula o Código Civil através do artigo anteriormente citado é necessário ao herdeiro provar o excesso dos encargos sobre a força da herança, salvo se houver inventário que o escuse, comprovando os valores dos bens herdados, isto é, “o legislador impõe ao herdeiro o ônus de provar que o ativo da herança supera o seu passivo, só o dispensando desse encargo se o inventário resultar manifesta tal circunstância” (RODRIGUES, 2002, p. 26).

O fato de haver ou não ter sido procedido o inventário dos bens da herança, dá ensejo a duas situações diversas, na primeira existe uma presunção de que o herdeiro não recebeu nenhum bem com a herança, o credor deve provar que existem bens com aquele, porque havendo o inventário neste estão discriminados os bens herdados, no segundo caso a presunção é de que o credor pode cobrar seu crédito, cabendo assim ao herdeiro provar que não herdou bens para proceder ao pagamento do débito.

É o que aponta Hironaka (2003, p. 71):

A existência de inventário, em que apurado o monte partível, depois de pagas as dívidas tempestivamente arroladas, isenta o herdeiro de produzir prova no sentido de que o que deve ser pago depois supera o quantum recebido. Prova-o o próprio inventário.

Caso não haja o inventário, assim como havendo não for de forma voluntária, ou seja, no caso de haver algum litígio a ser resolvido, caberá ao herdeiro provar que o valor recebido é inferior à dívida herdada do falecido.

Os sucessores ficam vinculados às obrigações de seu sucedido, já que este não lhes pode conferir sobre seus bens mais direito do que tinha, portanto sofrem o efeito das convenções anteriores à aquisição da propriedade pela herança. No entanto caso não queiram assumir as obrigações, podem renunciar a herança, não tendo assim nenhum encargo.

9.2 Responsabilidade dos herdeiros quando existem bens

O herdeiro por estipulação legal responde pelas obrigações do *de cuius*, ele se torna o responsável pelo pagamento dos débitos do sucedido, pelo fato de lhe transmitir a herança, recebe todos os direitos e obrigações que em vida tinha o falecido.

Por isso, tendo a dívida valor inferior ao quinhão recebido da herança, torna-se o herdeiro obrigado a satisfazer o débito existente em aberto, assumido pelo *de cuius*, antecessor nesta relação obrigacional. Então, poderá o herdeiro ter de saldar as dívidas contraídas pelo falecido, para depois de cumpridas todas as obrigações, realmente possuir a parte que lhe cabe da herança.

Sendo a dívida de valor superior ao quinhão recebido, o herdeiro terá de efetuar o pagamento das dívidas, até alcançar o valor do quinhão recebido da herança, não respondendo pelos encargos superiores ao que herdou. Isto ocorre, porque mesmo existindo uma transferência dos débitos do falecido, esta não pode ensejar que o sucessor, seja responsabilizado além do limite do patrimônio herdado, pois lhe é atribuído o dever de pagar as dívidas, mas estas até o montante recebido, não respondendo assim por encargos superiores às forças da herança, conforme o estipulado no artigo 1.792 do Código Civil.

Preceitua o artigo 1.997 do Código Civil que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, mas após ser feita a partilha, respondem os herdeiros, cada qual até o limite do quinhão herdado. Assim a responsabilidade da herança é limitada a sua totalidade pelos pagamentos das dívidas do *de cuius*, enquanto a dos herdeiros é restrita a proporção da parte que coube a cada um na partilha.

Antes da partilha quem responde pelos débitos é o espólio, faz isto amplamente abrangendo todos os bens que possui o acervo hereditário, já que deste pode ser cobrado qualquer dívida, sendo saldas com os bens que possui, posteriormente se esvaindo os bens será feita a declaração da sua insolvência. Com isso os credores que ainda não tiveram seu crédito quitado, não mais terão de quem cobrar.

Já em relação aos herdeiros, sua responsabilidade vai até o limite dos bens recebidos na herança. Enquanto o espólio responde amplamente pelo pagamento das dívidas, ou seja, integralmente pela obrigação, os herdeiros respondem até o limite herdado, proporcionalmente ao que cada um recebeu.

Dispõe o artigo 276 do Código Civil, que se um dos devedores solidários falecer, nenhum herdeiro será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, no entanto este mesmo artigo excetua as obrigações indivisíveis, prevendo que nesses casos todos os herdeiros reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos devedores. Então no caso de haver um débito que recaia sobre um bem que não fora dividido, todos os herdeiros respondem pela dívida, mas frente aos credores serão considerados devedores solidários, podendo assim a cobrança recair sobre eles desde que dentro do limite do quinhão hereditário.

Segundo ensina Monteiro (1995, p. 182):

A morte não extingue a solidariedade; se a dívida deixada pelo *de cujus* era solidária, divide-se entre os herdeiros (*nomina hereditária ipso jure dividuntur*); cada um destes, porém, considerado de per si, responde, tão-somente, pela quota correspondente ao seu quinhão hereditário. Em relação a cada um deles fragmenta-se a dívida, se divisível. Conglomerados, reunidos, sobre eles recai a obrigação inteira, *in totum et totaliter*, porque se sub-rogaram a um dos devedores solidários, que, pela natureza da obrigação, adstrito estava ao pagamento total.

Quando existem vários herdeiros não há solidariedade entre eles, não podendo um credor querer cobrar de um só herdeiro o todo, o que existe é uma indivisibilidade da responsabilidade dos co-herdeiros. Sendo vivo o sucedido poderia o credor cobrar dele, com a transferência da obrigação esta continua em relação aos herdeiros, que devem pagar o débito, cada um respondendo na proporção que lhe cabia na herança.

Logo, o fato de não poder ser dividida a posse e a propriedade de um bem herdado, não pode implicar na indivisibilidade do direito à sucessão. Os herdeiros recebem todas as obrigações, o ativo e o passivo do autor da herança, em proporção igual, assim respondem cada um pelos débitos por sucessão a eles

transferidos, na medida do que fora recebido, deste modo um não pode ser compelido a responder pelo débito em sua totalidade.

Desse modo não são os herdeiros obrigados solidariamente a responder por um débito herdado. Esse também é o entendimento da jurisprudência:

EMBARGOS DO DEVEDOR – EXECUÇÃO FISCAL – MORTE DO DEVEDOR – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – PAGAMENTO DA DÍVIDA – OBRIGAÇÃO DE HERDEIROS – EXCESSO DE EXECUÇÃO – RECONHECIMENTO – ART. 597 – CPC – ART. 1796 – CC – EXECUÇÃO FISCAL – MORTE DO EXECUTADO – Prosseguimento da execução, pelo total da dívida exeqüenda, contra um só dos quatro filhos do executado. Descabimento. Embargos de devedor. Excesso de execução. Reconhecimento. Código de Processo Civil. Artigo 597. Código Civil. Artigo 1.796. Aplicação. Feita a partilha, cabe ao herdeiro responder pelas dívidas do falecido, mas somente na proporção da parte que na herança lhe coube. Portanto, os herdeiros não respondem solidariamente pelas dívidas deixadas pelo *de cujus*. Em decorrência, se o seu devedor falece, o Estado não pode escolher um dos quatro filhos do *de cujus* para dele exigir a totalidade da dívida deixada pelo pai. Se o faz, acolhem-se embargos do devedor, para reduzir o valor da execução à quarta parte do valor total da dívida exeqüenda. Apelação provida, em parte. Sentença retocada. Voto vencido. (TJRJ – AC 5544/96 – Reg. 140998 – Cód. 96.001.05544 – Rio das Flores – 4ª C. Cív. – Rel. Des. Wilson Marques – J. 21.10.1997)

Como já visto, ao herdeiro são transferidas todas as obrigações do *de cujus*, inclusive a responsabilidade pelo pagamento das dívidas, quando existente mais de um herdeiro, poderá ocorrer o caso de um deles ter interesse em saldar o débito de um credor, por exemplo, caso tenha herdado algum bem, que para ele tenha um grande valor afetivo, assim poderá ele mesmo não tendo responsabilidade com o pagamento integral da dívida, quitar o débito com o credor, passando assim a ter direito de regresso em relação aos outros co-herdeiros.

Isso é o que ensina Cahali e Hironaka (2000, p. 490):

Pode acontecer, entretanto, de apenas um dos herdeiros vir a sofrer sozinho, ou em maior parcela, a responsabilidade patrimonial por dívida do falecido, por exemplo, se a dívida for indivisível, ou se promovida através de execução de garantia real incidente sobre o imóvel àquele partilhado. Nestes casos, cabe ao prejudicado ação regressiva contra os demais herdeiros, para recompor a proporção na responsabilidade, subrogando-se no direito do credor em face dos outros co-responsáveis. Também assim se procede na hipótese do herdeiro vir a perder o imóvel

integrante de seu quinhão hereditário por evicção (CC, art. 1.802), em razão da garantia dos quinhões hereditários.

Pagando um dos herdeiros a totalidade do débito, tem este direito a ação regressiva contra os outros herdeiros, na proporção do que cada um recebeu da herança. Havendo algum herdeiro insolvente, será dividido entre os demais proporcionalmente ao que foi herdado, a responsabilidade pelo débito que aquele competiria, segundo o artigo 1.999 do Código Civil, isso objetivando a divisão igualitária do prejuízo.

Com propriedade comenta Veloso (2003, p. 403):

A ação regressiva de uns herdeiros contra outros ocorre quando os primeiros pagam dívida que teria de ser solvida por todos, por se tratar de débito do espólio. No caso de um dos herdeiros ser insolvente, a parte deste dividir-se-á proporcionalmente entre os demais.

Logo, não se pode permitir que um herdeiro arque com as despesas enquanto os créditos fiquem para os outros; o legislador por meio do artigo 1.999 do Código Civil, estipula a divisão dos prejuízos que venha a ser sofrido por um dos herdeiros com o pagamento a um credor, existindo um herdeiro insolvente, sobre o qual não poderá ter efetividade ação regressiva, deve ser dividido o montante a ser pago pelo insolvente, por todos os herdeiros, inclusive o que move a ação de regresso, para que o prejuízo seja partilhado por todos.

Quando o pagamento das dívidas absorver todo o patrimônio deixado pelo falecido, o herdeiro nada recebe, apesar disso não mudar sua posição de sucessor, ele se torna um herdeiro sem herança.

9.3 Responsabilidade dos herdeiros quando não existem bens

Havendo a insolvência da herança, o credor não poderá cobrar do sucessor o débito adquirido pelo *de cuius*, mesmo havendo a transmissão das obrigações ao herdeiro, este só responde pelas dívidas até o montante recebido a

título de herança, não tendo responsabilidade o seu patrimônio próprio, pela dívida herdada.

Não se há como confundir o patrimônio do falecido com o do herdeiro, apesar deste receber a herança de imediato, desde o momento do falecimento, pelo princípio de *saisine*, os bens somente passam a integrar o seu patrimônio efetivamente com a partilha.

Apesar disso, pode haver dúvida sobre quais os bens faz parte do patrimônio do herdeiro e quais eram do falecido, por isso existe a previsão no artigo 2.000 do Código Civil, para que os legatários e credores da herança possam exigir a discriminação do patrimônio do falecido e do herdeiro.

Nos ensina Veloso (2003, p. 404), que:

Como o herdeiro se torna titular da herança desde a abertura da sucessão (art. 1.784), pode haver dúvida com relação ao que é seu patrimônio particular e o que faz parte do monte-mor, sobre qual incidirão os direitos dos credores da herança e do qual devem ser retiradas as coisas certas e determinadas que foram objeto de legados.

O patrimônio do herdeiro é aquele que está em sua posse, tendo sido adquirido de qualquer forma desde que lícita, o patrimônio herdado será somente considerado propriedade do sucessor, depois de liquidado o inventário, pagas todas as dívidas dos credores do espólio e feita a partilha, somente a partir desta que se poderá discriminar os bens que efetivamente serão herdados.

A herança se transmite de imediato com a morte do *de cuius*, por isso, pode acontecer que os credores queiram se habilitar no inventário para cobrar do herdeiro um débito por ele contraído, neste caso a dívida é do herdeiro e não do sucessor, só podendo responder por ela o patrimônio que for efetivamente daquele, assim deve ser esperada a partilha para depois ser feita cobrança.

Entendimento este dos Tribunais, conforme se denota da jurisprudência:

EXECUÇÃO SOBRE ESPÓLIO – PENHORA DE BEM ESPECÍFICO ANTES DA PARTILHA – DÍVIDA DO HERDEIRO – IMPOSSIBILIDADE – É possível que o exeqüente invoque a responsabilidade patrimonial dos sócios da empresa executada, inclusive o que se referir a direitos futuros, a fim de que, preventivamente, se resguarde através do que couber àqueles no âmbito devido. Todavia, figurando os sócios como alguns dos herdeiros de inventário ainda não partilhado, é incabível que, para a satisfação de créditos contra eles exigidos, seja realizada penhora sobre bem específico do espólio, pois, até então, o direito é indivisível quanto ao total da massa partível. Apenas após efetuada a partilha é que ficará declarado o direito dos herdeiros, com a definição de cada bem, conforme os respectivos quinhões. (TRT 3ª R. – AP 4.808/00 – 2ª T. – Rel. Juiz Antonio Fernando Guimarães – DJMG 01.11.2000 – p. 14)

Temos que a herança, não pode se confundir com o patrimônio do herdeiro, também não podendo haver essa confusão dos bens do herdeiro com a herança, pois ambos são independentes um do outro, podendo sim, chegar a se cumular quando houver a partilha dos bens.

Quando um credor que não tenha se habilitado no espólio para receber seu crédito, após ser feita a partilha resolver cobrar dos herdeiros o crédito que tinha com o *de cuius*, mas sendo um dos herdeiros insolvente, não poderá cobrar dos outros a parte que cabia ao insolvente, se com a parte daqueles não for possível saldar o débito.

Esse é o entendimento de Rodrigues (2002, p. 332), que assim ensina.

É possível, no entanto, que, após a partilha, algum dos herdeiros se haja tornado insolvente. Tal fato não pode agravar a condição dos co-herdeiros, de modo que, se aparecessem dívidas não cobradas, e que o não possam ser na sua totalidade, em virtude da citada insolvência de um herdeiro, o prejuízo eventual deve ser sofrido pelo credor, cuja negligência em cobrar-se celeremente justifica a perda por ele experimentada. Exceto em caso de dívida indivisível.

Medida esta de extremo bom senso, já que os herdeiros não podem arcar com débitos superiores a força da herança recebida, a partir do momento em que alguém é insolvente não há como cobrar a dívida dele, então não se poderia jamais pensar em cobrar as dívidas do *de cuius*, tanto quanto de um herdeiro solvente, a parte pela qual o insolvente seria responsável. Neste caso o herdeiro não tem responsabilidade pela dívida, pois ele só responde pelos débitos do autor da herança e não do herdeiro insolvente.

9.4 Responsabilidade dos herdeiros por alimentos

Com a morte do autor da herança, se transferem para os herdeiros todos os direitos e obrigações que o *de cujus* possuía, devido a isso com o patrimônio recebido cabe aos herdeiros o pagamento de todas as dívidas. Com a sucessão investe-se o herdeiro no patrimônio deixado por morte, de tal forma que os direitos e obrigações do novo titular são os mesmos do anterior (LIMA, 2002, p. 236).

Cabe ao herdeiro cumprir todos os encargos patrimoniais para ele transferido com a herança. A ação de alimentos tem natureza patrimonial, isto porque ela tem por escopo, a garantia do cumprimento de uma obrigação patrimonial, decorrente de imposição legal.

Cahali (2002, p. 33), a respeito da natureza jurídica da ação de alimentos tece o seguinte comentário:

Assim, embora localizada no direito privado como uma das manifestações do direito à vida, sendo por isso mesmo, personalíssima, nem por isso a obrigação alimentícia deixa de ter representação material, quer dizer, patrimonial, uma vez que há uma prestação econômica exigível a uma pessoa em favor de outra; há um credor e um devedor caracterizando uma relação obrigacional.

Sendo um direito patrimonial e tendo o herdeiro responsabilidade pelo pagamento, dos débitos relativos aos credores do sucedido, logo o direito de alimentos poderia ser transmitido para o sucessor. O entendimento que se asseverava, era que as prestações alimentares vencidas poderiam ser cobradas do herdeiro, já que é um crédito podendo ser deduzido na liquidação do patrimônio do *de cujus*, no espólio e posteriormente a partilha, dos herdeiros.

No entanto, Cahali (1993, p. 53), assim colocava:

Portanto, ainda que em princípio os herdeiros sucedem nos direitos do *de cujus*, a obrigação alimentar se extingue com a morte do credor de alimentos, não podendo seus herdeiros, nessa qualidade, demandar do primitivo devedor a continuidade da prestação alimentar; se os herdeiros

do falecido forem igualmente necessitados, poderão reclamar alimentos apenas como parentes da pessoa que seja obrigada, invocando um direito próprio, originário, se o tiverem, e não como sucessores daquele.

Esse entendimento era consubstanciado pelo artigo 402 do Código Civil de 1.916, que assim previa “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”, pela leitura desse dispositivo subentende-se que os alimentos são intransmissíveis.

Com o advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1.977, começou-se a haver uma certa discussão doutrinária com relação a transmissibilidade ou intransmissibilidade da obrigação alimentar, pois em seu artigo 23, trouxe a seguinte disposição “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil”.

Monteiro (1994, p. 295), a esse respeito afirma “os alimentos passaram assim a ser considerados como dívida do falecido, cabendo aos herdeiros dele, portanto, a respectiva solução”.

Com isso passou-se a aceitar a tese da transmissibilidade aos herdeiros nas hipóteses em que ocorra responsabilidade por sucessão hereditária de obrigações alimentícias vencidas até a data do óbito, ou seja, as prestações em atraso, não se transmitindo aos herdeiros a obrigação de prestar alimentos, mas apenas a de pagar as prestações em atraso.

Essa era a opinião de Caio Mário *apud* Cahali (1993, p. 68):

[...] a disposição somente se poderá entender como se referindo às prestações devidas até a época da morte, inseridas desta sorte como dívida do espólio. Se se entender diferentemente, contraria o princípio da personalidade do débito alimentar, e poderá gerar situações absurdas, que o legislador não pode querer ou estabelecer.

Entretanto havia quem entendesse que a intransmissibilidade dos alimentos ainda continuava, fundamentada no artigo 402 do Código Civil, porque este dispositivo não foi atingido pelo artigo 23, da Lei 6.515, em razão de que este dispositivo só se aplicava a casos envolvendo alimentos entre cônjuges.

Hoje em dia com o advento do novo Código Civil, esta discussão não tem mais cabimento, pois no texto legal está positivado a transmissão dos alimentos para os sucessores do alimentante, até o limite da herança.

Segundo o artigo 1.700 do Código Civil “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”, por isso, já não há mais o que se discutir, devido a previsão legal do legislador a obrigação alimentar se transmite ao herdeiro.

Como não está previsto no artigo supra citado, que a responsabilidade dos herdeiros é até o limite herdado, pode-se começar a surgir defensores de que aos sucessores se transmite a obrigação alimentar ilimitadamente, mas para isto não há fundamento já que o artigo 1.792 do Código Civil, deixa claramente expresso que o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança.

Por fim, resta a observação de que a obrigação alimentar que se transmite ao herdeiro é aquela que já se encontra estabelecida, assim não pode o ser interposta ação de alimentos contra o herdeiro, para se estabelecer uma obrigação alimentar. O herdeiro não poderá ser demandado com o intuito de prestar alimentos pela substituição do *de cuius*, mas nada impede que possa figurar em uma ação de alimentos pela relação de parentesco, sendo nesse caso os alimentos, pedido ao irmão.

9.5 Responsabilidade dos herdeiros por multa

O herdeiro como substituto natural do *de cuius*, recebe a herança e com isso todos os direitos e obrigações pertencentes ao falecido, ocorrendo assim uma substituição em todas as relações jurídicas em que participava aquele que fora sucedido.

O herdeiro responde patrimonialmente até o limite do quinhão herdado, em todas as relações jurídicas firmadas pelo *de cuius*, sendo o responsável pela satisfação dos créditos após ser feita a partilha.

Assim cabe aos credores cobrarem dos herdeiros, o débito que possuíam com o falecido, devendo cada um responder proporcionalmente ao que recebeu a

título de herança. Sendo este também o entendimento quando se tratar de obrigação tributária que segundo o artigo 131, II do Código Tributário Nacional, denomina responsável o sucessor, pelos tributos devidos pelo *de cuius*, até o limite do quinhão herdado.

Assim havendo algum tributo de responsabilidade do sucedido, com a morte e conseqüentemente transferência da situação jurídica para o sucessor esse se torna responsável pelo pagamento do tributo.

Isso é o que nos mostra Amaro (2003, p. 312):

A sucessão dá-se no plano da obrigação tributária, por modificação subjetiva passiva. Assim, o sucessor passa a ocupar a posição do antigo devedor, no estado em que a obrigação se encontrava na data do evento que motivou a sucessão. Se se trata de obrigação cujo cumprimento independe de providência do sujeito ativo, cabe ao sucessor adimpli-la, nos termos da lei.

Temos então que os herdeiros, são os responsáveis pelo pagamento dos tributos devidos pelo falecido, graças a transmissão das obrigações que se efetiva com a sucessão.

Segundo defini o artigo 3º do Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Assim, temos que o tributo não possui caráter sancionatório, por isso não se pode instituir nenhuma punição através de tributo. Sendo o pagamento devido ao Poder Público decorrente da prática de um ato ilícito, sancionado exatamente com este pagamento, a hipótese não será de tributo, pois este não é punição (DECOMAIN, 2000, p. 14).

Desse modo as multas não são incluídas nos tributos, já que estas são excluídas legalmente, logo como os herdeiros são responsáveis pelo pagamento dos tributos, não há responsabilidade pelo pagamento das multas.

Esse é o entendimento de Amaro (2003, p. 317):

[...] o próprio Código define tributo, excluindo expressamente a sanção de ilícito (art. 3º). Outro argumento de ordem sistemática está no art. 134; ao cuidar da responsabilidade de terceiros, esse dispositivo não fala em tributos, mas em “obrigação tributária” (abrangente também de penalidades pecuniárias, *ex vi* do art. 113, § 1º). Esse artigo, contudo, limitou a sanção às penalidades de caráter moratório (embora ali se cuide de atos ou omissões imputáveis aos responsáveis). Se, quando o Código quis abranger penalidades, usou de linguagem harmônica com os conceitos por ele fixados, há de entender-se que, ao mencionar responsabilidade por tributos, não quis abarcar as sanções.

Sendo a multa uma sanção, se esta pudesse ser cobrada dos herdeiros estariam eles respondendo por uma penalidade que não cometeram. Com a penalização do herdeiro, estaríamos contrariando o princípio da intransmissibilidade da pena, insculpida no artigo 5º, XLV da Constituição Federal, aplicando uma sanção a quem não é o infrator. A jurisprudência tem se posicionado neste sentido, conforme se denota:

Multa. Tributo. Responsabilidade do espólio.
Na responsabilidade do espólio não se compreende a multa imposta ao *de cuius*. Tributo não se confunde com multa, vez que estranha àquele a natureza de sanção presente nesta. (RTJ 110/1091, Rel. para o acórdão, Min. Francisco Rezek)

Deste modo, como as multas, não se transmitem para o espólio, que é o responsável pelo pagamento das dívidas, posteriormente com a partilha, pelo mesmo motivo não se pode cobrar a multa dos herdeiros. Assim tem apontado os nossos Tribunais:

Multa fiscal punitiva. Não responde por ela o sucessor, diante dos termos do artigo 133 do CTN. Agravo regimental não provido. (BRASIL. STF. Primeira Turma. Agravo Regimental nº 64.622. Rel. Rodrigues Alckmin. São Paulo. 28.11.1975)

Imposto de Renda. A multa prevista na alínea c, do art. 21 do Decreto-Lei nº 401-69 (tal como a da letra b, do mesmo dispositivo) tem caráter punitivo e, por esse motivo, não pode ser aplicada aos sucessores do contribuinte.

Dissídio jurisprudencial caracterizado. Precedentes do Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário provido. (BRASIL. STF. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 104.993-6. Rel. Octavio Gallotti. Rio Grande do Sul. 06.12.1985)

Desse modo, tratando se a multa de sanção, ou seja, uma forma de penalização do sucedido por não ter cumprido com uma obrigação, esta não pode se transferir ao herdeiro, já que não foi este quem cometeu a infração, ao agir desse modo se estará penalizando uma pessoa inocente.

Segundo Castro (1979, p. 616):

A multa que se aplicasse aos sucessores do *de cuius*, ao acervo transferível, enfim, perderia o caráter de compensação ou de mora. Cobrar multa de mora de defunto é pretender transferir a responsabilidade da falta a quem não é faltoso.

Temos que o sucessor é o responsável pelos débitos do *de cuius*, isto pela transferência das obrigações realizada com a sucessão, graças a essa substituição o herdeiro responderá na proporção de seu quinhão herdado, pelos compromissos que eram de responsabilidade do falecido. No entanto, a extensão dessa responsabilidade está limitada aos tributos, pelo princípio da personalização da pena (MARTINS, 1998, p. 248), como a multa é uma penalização, não pode ser sofrida pelo herdeiro, pois o objetivo da sanção é fazer com que o faltoso não cometa mais a infração.

O herdeiro sendo responsabilizado pela multa, estará se tornando responsável por falta que não cometeu, assim não seria justo a transmissão da responsabilidade por multa ao herdeiro, devendo este arcar com todas as dívidas adquiridas pelo *de cuius*, excetuando-se as punições devido ao seu caráter de personalidade.

10 RESPONSABILIDADE DA MEAÇÃO

10.1 Noções preliminares

Como já visto a meação é um direito pessoal do cônjuge, porque a partir do casamento, une-se o patrimônio de ambos os nubentes, logo tudo o que eles tem torna-se parte do acervo dos bens do casal, o patrimônio é considerado como um todo indistintamente, tudo o que for adquirido por um cônjuge considera-se como se fosse possuído meio a meio por cada um, tudo o que foi conquistado é dividido imaginariamente.

A meação faz parte da propriedade do cônjuge, tendo este direito a ela com a dissolução da sociedade conjugal, momento no qual há a separação do patrimônio de ambos os cônjuges.

Este instituto não faz parte do direito das sucessões, apesar de haver uma certa confusão, que ocorre porque uma das formas da dissolução da sociedade conjugal coincide com a causa que dá ensejo a sucessão, ou seja, a morte. Entretanto a meação corresponde a metade do patrimônio do cônjuge falecido, que o supérstite adquire por ter colaborado na sua aquisição, sendo esta metade do patrimônio um direito próprio, que já lhe pertence, não sendo assim recebido a título hereditário.

10.2 Pagamento das dívidas

A meação é um direito do cônjuge, que lhe é atribuído devido ao direito de propriedade, sendo este estabelecido constitucionalmente, por isso temos que a meação faz parte do patrimônio do cônjuge.

O patrimônio é o “conjunto de bens, de direitos e obrigações, apreciáveis economicamente, isto é, em dinheiro, pertencentes a uma pessoa, natural ou

jurídica, e constituindo uma universalidade” (DE PLACIDO E SILVA, 1967, p. 1131).

Tratando-se o patrimônio de uma universalidade, na qual existem direitos e obrigações, temos que considerar que as dívidas adquiridas pelo cônjuge falecido, como responsabilidade da sua meação, já que esta faz parte do conjunto de bens que possui o *de cuius*.

O patrimônio é o responsável pelo pagamento das dívidas que uma pessoa adquire, logo se o patrimônio é composto pela meação e a herança, destes devem ser cobrados os débitos que o *de cuius* possuía.

Assim está expresso no artigo 591 do Código de Processo Civil, ao dispor que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os bens presentes e futuros. Todavia a meação é composta por bens, que faziam parte do patrimônio do cônjuge, portanto deve responder pelos débitos que por ventura tinha o falecido.

Ao tratar da extensão da responsabilidade patrimonial Theodoro Jr. (1997, p. 6), ensina:

A responsabilidade patrimonial do devedor atinge normalmente “todos os seus bens presentes e futuros” (art. 591, do Código de Processo Civil). Isto quer dizer que tanto os bens existentes ao tempo da constituição da dívida como os que o devedor adquirir posteriormente ficam vinculados à responsabilidade pela execução. Tal decorre de ser o patrimônio uma universalidade como um todo em relação ao seu titular, sendo indiferentes as mutações sofridas pelas unidades que o compõem.

Assim, com o advento de uma dívida surge a obrigação de pagá-la, o que deve ser feito com o patrimônio do devedor, possuído naquele instante, assim como os seus bens futuros. Havendo falecido o devedor originário há a transmissão da dívida para os herdeiros, como sucessores do *de cuius*, mas primeiramente quem responde pelos débitos, como estipula o artigo 591 do Código de Processo Civil, é o patrimônio do devedor, assim devendo responder a herança e a meação conjugal.

A meação é a metade dos bens que o cônjuge possui, no entanto o patrimônio do casal se consolida em uma universalidade, assim o patrimônio total

responde por eventual dívida adquirida por qualquer um dos cônjuges. Ocorrendo o falecimento e conseqüentemente a separação do patrimônio, não se poderia deixar de responsabilizar a meação pela dívida.

O artigo 1.667 do Código Civil, dispõe que o regime de comunhão universal de bens importa na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, portanto pode-se entender que ambos respondem pelas dívidas, pois se com o casamento se objetiva a estruturação de uma família, as dívidas adquiridas pelos cônjuges são em busca de uma maior comodidade, uma maior qualidade de vida.

Logo não poderá a meação ficar incólume do pagamento das dívidas, com o falecimento do cônjuge, recaindo todo o débito ao espólio. Sendo a dívida adquirida pelo falecido o seu patrimônio deve responder pelo débito, não recaindo apenas para os herdeiros o pagamento das dívidas, já que a meação também faz parte do patrimônio do *de cuius*, deve também ser responsabilizada pelos débitos que estejam pendentes.

Oliveira (1987, p. 394), aponta algumas dívidas passíveis de serem pagas pela meação, que são:

- a) as obrigações provenientes dos atos ilícitos que serão pagas pela meação do cônjuge delinqüente; b) as dívidas anteriores ao casamento, que se pagam pela meação do cônjuge que as contraiu, salvo se provierem de despesas com os seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; c) a fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher; cuja responsabilidade é imputada a meação daquele.

Nota-se que a meação deve responder pelas dívidas adquiridas pelo *de cuius*, desde que por ato próprio como as adquiridas antes do casamento, isso se denota porque a meação é o patrimônio exclusivo do autor da herança, assim ela responde pelos débitos. Isso somente faz reforçar-se a tese de que a partir do momento em que a meação é o patrimônio do falecido, sobre ela recai a responsabilidade dos débitos por ele adquirido.

Os Tribunais, tem entendido que a meação somente responde pelos débitos, quando o crédito adquirido pelo *de cuius* foi em benefício da família, como se nota nas jurisprudências abaixo:

EMBARGOS DE TERCEIRO – BENS DO CASAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA DESTINAÇÃO DA DÍVIDA – IMPROCEDÊNCIA – Para a procedência dos embargos interpostos pela mulher casada, visando excluir a sua meação da penhora, é necessária a prova de que a dívida não beneficiou o casamento; ante sua ausência, impõe-se a improcedência do pedido. Precedentes. (TJMG – AC 000.172.588-6/00 – 5ª C. Cív. – Rel. Des. Campos Oliveira – J. 04.05.2000)

EMBARGOS DE TERCEIRO – Penhora. Meação. Sucessão aberta. Havendo ameaça de turbação ou esbulho por ato de penhora na posse de bens decorrentes da legítima, estão os herdeiros legitimados para opor embargos de terceiro. A meação do cônjuge é protegida pela ordem jurídica. Os bens que compõem a meação somente responderão pelas dívidas assumidas pelo outro se comprovado que elas beneficiaram o casal. A transferência da propriedade ocorre com o óbito, independentemente da abertura de inventário, nos termos do art. 530, IV, c/c art. 1.572, ambos do CCB. (TRF 4ª R. – AC 2000.71.01.003102-2 – RS – 2ª T. – Rel. Fed. João Surreaux Chagas – DJU 05.03.2003)

Decidindo assim, os Tribunais estão agindo com extremo bom senso, já que a meação do cônjuge sobrevivente é um direito próprio, não podendo por isso responder pelo débito adquirido pelo *de cujus*, quando o benefício foi apenas deste. No entanto com o casamento e conseqüente união de bens, não se pode pensar que alguém adquiriu certo bem, para enriquecer seu patrimônio, visto que todos os bens do casal são uma universalidade, logo salvo prova em contrário, as dívidas são em benefício de ambos os cônjuges.

Portanto não se pode deixar, que a meação do cônjuge falecido, não responda pela dívida por ele adquirida, já que esta faz parte do patrimônio deste, assim é responsável pelo pagamento. Segundo Oliveira (1987, p. 394), “em regra as dívidas passivas são pagas pelos bens do espólio”, mas esta regra como ensina o ilustre mestre, se esquece da meação, já que também esta faz parte do patrimônio do falecido, deve responder pelos débitos adquiridos em vida.

Sendo a meação instituto do regime de comunhão de bens, comunicando-se os bens presentes e futuros, assim como as dívidas passivas, logo se uma dívida for adquirida por um dos cônjuges, resultando esta em benefício da família, conseqüentemente para ambos, a meação responde pela dívida.

Nesse sentido aponta a jurisprudência:

APELAÇÃO – EMBARGOS DO DEVEDOR – MULHER CASADA – DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO – PROVEITO DA FAMÍLIA – MEAÇÃO – RESPONSABILIDADE – PENHORA – INTIMAÇÃO – FÉ PÚBLICA DO OFICIAL DE JUSTIÇA – PROVA EM CONTRÁRIO INEXISTENTE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – VIOLAÇÃO DO DEVER DE LEALDADE – CONSEQÜÊNCIAS – RECURSO NÃO PROVIDO – 1. Em princípio, a mulher casada pelo regime da comunhão universal de bens pode defender a sua meação através da ação de embargos de terceiro. 2. Deve, todavia, provar que a dívida não beneficiou a família, pois existe presunção iuris tantum em contrário. Ausente a prova, a meação do cônjuge responde pelas obrigações que o outro consorte contraiu. 3. O oficial de justiça porta por fé quando emite certidão no exercício de sua função. Esta é dotada de presunção relativa de veracidade. Ausente prova em contrário, prevalece a praesumptio. 4. Afirmando a parte que não é verídico o conteúdo de certidão, a ela incumbe provar a inveracidade. 5. Tanto as partes quanto seus procuradores são legalmente obrigados na observância do dever de lealdade imposto pelo art. 14 do CPC. 6. Quem utiliza o processo alterando a verdade dos fatos é litigante de má-fé e deve responder pelo dano processual que ensejou. 7. Apelação conhecida e não provida. (TAMG – AC 0270373-3 – 2ª C. Cív. – Rel. Juiz Caetano Levi Lopes – J. 23.02.1999)

EMBARGOS DE TERCEIRO – MEAÇÃO – Reputa-se em proveito do casal a dívida contraída por um dos cônjuges, notadamente se o regime do casamento é o da comunhão universal de bens que, comuns, respondem pela totalidade do débito, conforme art. 262 do CCB. Recurso desprovido. (TRT 4ª R – AP 51515.732/97-5 – 3ª T – Rel. Juiz Denis Marcelo de Lima Molarinho – J. 04.10.2000)

EMBARGOS DE TERCEIRO – MEAÇÃO – Não comprovado que as dívidas contraídas pelo outro cônjuge não resultaram em benefício da sociedade conjugal, não há falar em liberação da constrição sobre a meação do bem penhorado. Agravo não provido. (TRT 4ª R – AP 60001.751/00-0 – 2ª T – Relª Juíza Dulce Olenca B. Padilha – J. 03.10.2000)

Portanto, devido ao regime de casamento há uma presunção relativa de que a dívida contraída por um dos cônjuges, aproveita a família por isso a meação responde pelo seu pagamento, cabendo ao cônjuge que se achar prejudicado provar que a dívida não lhe aproveita.

Devido a ser atingida a meação do cônjuge pelas dívidas do falecido, que aproveitaram o casal, algumas pessoas renunciam a meação com o objetivo de não se responsabilizarem pelos débitos que deveriam ser pagos pelo *de cuius*, renúncia essa que é ineficaz, pois a meação não se adquire por sucessão, mas sim por direito próprio, logo não se pode ser renunciada.

Isso é o que ensina Oliveira (1987, p. 394):

A renúncia da meação não exonera o cônjuge sobrevivente do pagamento das dívidas do casal, na parte que lhe é relativa. Os bens por ele posteriormente adquiridos ficam sujeitos à obrigação, ainda depois de feita a partilha, na parte proporcional à sua meação [...]

A meação como direito próprio não pode ser renunciada, deve ser responsabilizada pelas dívidas contraídas pelos cônjuges ou mesmo que por um dos cônjuges, desde que em benefício da família.

Desse modo, como se trata de direito próprio, fazendo parte do patrimônio dos cônjuges, ocorrendo o falecimento de um deles ocorre a divisão de fato, devendo a meação do falecido responder pelo pagamento dos débitos adquiridos por ele. No entanto como a meação é uma universalidade, a dívida de que se aproveitou o cônjuge supérstite deve ser paga pela sua meação, já que aquelas deveriam ser cobradas do patrimônio do devedor, então englobada estaria a meação.

Esse é o entendimento do Código Tributário Nacional, que em seu artigo 131, II, estabelece a responsabilidade, do sucessor a qualquer título e do cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cuius*, limitada aquela ao montante do quinhão, do legado ou da meação.

Assim, a meação é responsável pelo pagamento dos tributos até o seu limite, não sendo somente responsabilizada a herança, visto que ambas fazem parte do patrimônio do falecido, respondendo pelo pagamento devido por este.

Decomain (2000, p. 491), tece o seguinte comentário:

[...] responsabilidade por sucessão (art. 131, II) é a dos sucessores *causa mortis* a qualquer título, e bem assim a do cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cuius* até a partilha ou adjudicação, sendo essa responsabilidade, todavia, limitada, consoante expressa indicação do dispositivo, ao montante do quinhão, do legado ou da meação. Aqueles que adquirem por sucessão recebem não apenas o ativo, mas também o passivo da pessoa falecida.

Sendo o patrimônio, responsável pelo pagamento das dívidas, fazendo a meação parte deste deve ser responsabilizada pelos débitos do *de cuius*,

havendo a aquisição do patrimônio pela meação, também esta adquire o passivo, assim não há como se escusar das obrigações.

A meação do cônjuge falecido, deve ser responsabilizada pelas dívidas por ele adquiridas, já que a partir do momento em que imaginamos o contrário, estaríamos aceitando o inadimplemento das obrigações pelo patrimônio do *de cuius*, pois eximindo da meação os débitos, estaríamos concedendo ao cônjuge supérstite mais direito do que tinha o falecido.

Portanto, assim como o espólio a meação também deve arcar com as dívidas oriundas do *de cuius*, já que a união de ambas forma o patrimônio total daquele, sendo deste a responsabilidade pelo pagamento dos débitos adquiridos antes da morte.

CONCLUSÃO

Buscou-se através deste trabalho, apresentar a responsabilidade pelo pagamento das dívidas adquiridas pelo *de cuius*, quando ainda estava vivo. Para isso foi analisada a origem histórica do direito das sucessões, visto que nos primórdios a sucessão tinha caráter religioso, havendo a transferência da propriedade com o intuito de continuar o culto familiar.

Neste momento histórico, a herança era deferida como uma universalidade, incluindo os direitos e todas as obrigações do sucedido, sendo assim, haveria uma responsabilidade ilimitada do herdeiro pelas dívidas do *de cuius*

Prosseguindo na evolução histórica das sucessões, foi colocado o direito sucessório que vigora atualmente, mostrando-se os principais institutos dessa matéria, sempre presente em nosso cotidiano. Chegando assim a discussão da transmissão da herança e conseqüentemente ao pagamento dos débitos adquiridos pelo falecido.

Partiu-se posteriormente a uma análise do espólio e da meação, partes correspondentes ao patrimônio do *de cuius*, que são os garantidores do pagamento das dívidas para os credores, já que, o espólio representa a herança, sendo o patrimônio do falecido formado pela herança e a meação nos casos de casamento em regime de bens em que esta é permitida.

Essa responsabilidade decorre da transmissão das obrigações que advém com a transferência do patrimônio, do morto ao sucessor. O sucessor não é o responsável pela dívida adquirida pelo *de cuius*, mas, no entanto, recai sobre ele a responsabilidade pelo pagamento daquelas, dado que a herança se transmite como uma universalidade, logo nela está presente tanto o ativo como o passivo do sucedido, devendo portanto o herdeiro assumir não só os créditos, mas também os débitos.

O herdeiro recebe o patrimônio com a morte, imediatamente devido ao princípio de *saisine*, mas, a liquidação daquele é feita através do inventário, aonde a herança recebe a denominação de espólio. Esse é o momento em que os credores devem apresentar seus créditos, para serem pagos no próprio

inventário, para que após serem salgadas as dívidas, possa-se proceder à partilha, entregando a cada herdeiro o quinhão correspondente.

Ocorre que caso um credor não habilite seu crédito no inventário, para receber o pagamento, ele pode requerer do herdeiro a quitação do débito que tinha com o falecido, isto é possível, graças a previsão expressa do Código Civil em seu artigo 1.997, que estipula que após feita a partilha as dívidas serão cobradas dos herdeiros.

Neste momento se estabelece a responsabilidade do herdeiro, pelo pagamento dos débitos, isto até o limite do quinhão herdado. Os herdeiros respondem pelas dívidas, no entanto sua responsabilidade é na medida do que foi adquirido pela sucessão, portanto caso não existam bens não poderá ser compelido ao pagamento.

Os herdeiros respondem pelos débitos patrimoniais do *de cuius*, devido a transferência de obrigações pela herança, portanto responde pelos créditos anteriores a sucessão, assim como poderá ter que assumir obrigação alimentar devida pelo sucedido, no entanto a responsabilidade do herdeiro, não abarca penalidades, não podendo ser penalizado, já que a sanção tem que ser aplicada contra o infrator, por isso não responde por multas aplicadas ao falecido.

O patrimônio do *de cuius*, quando este era casado pelo regime da comunhão de bens, engloba a herança, tanto quanto a meação, no entanto com a morte o cônjuge supérstite, não respondendo pelas dívidas.

Isto ocorre, porque a meação é considerada direito próprio do cônjuge supérstite, no entanto quando a dívida foi adquirida em favor da família a meação pode ser compelida ao pagamento do débito.

No entanto temos que asseverar, que o patrimônio do *de cuius* é uma universalidade, composto pela herança e meação, sendo desmembrado pelo evento morte, logo se uma dívida foi adquirida pelo falecido o seu patrimônio deve responsabilizado, desse modo não podendo ser eximida a meação desse pagamento.

A dívida adquirida pelo falecido pode não ser em benefício de ambos os cônjuges, ou seja, em benefício da família, neste caso a meação não pode ser responsabilizada, porque se trata de um direito do cônjuge. No entanto presume-

se que todas as dívidas adquiridas por um dos cônjuges favorece a ambos, visto que, com o casamento pela comunhão de bens, tudo o que for acrescido ao patrimônio de um dos cônjuges, favorece o outro já que há uma comunhão dos patrimônios, deste modo não se podendo dispensar a meação do pagamento dos débitos.

Portanto, tanto os herdeiros, como a meação destinada ao cônjuge meeiro, devem responder pelas dívidas, isto porque, isentando qualquer um deles estaríamos eximindo o patrimônio dos débitos, logo depois da morte existiria mais direito do que tinha o *de cuius*, já que este era responsável pelo pagamento do débito.

Com arrimo em todo o exposto, chega-se a conclusão que o responsável pelo pagamento das dívidas do espólio é o patrimônio do *de cuius*, sendo assim, responde pelos débitos, a herança e a meação cabível ao falecido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao código de processo civil**, vol. IX: arts. 946 a 1.102. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. **Código civil português: anotado e atualizado**, 11 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

BEGALLI, Paulo Antonio. **Capacidade ativa para testar: todos os casos**. Revista dos Tribunais. v. 791, p. 65-90, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Campinas: Editora Red Livros, 2000.

BRASIL. **Código de processo civil**. Organização dos textos e notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, com a colaboração de Jussara Chaves Garcez Leme e Maria Emiliana Garcez Ghirardi Zam. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Novo código civil: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916**, Sílvio de Salvo Venosa, organizador. São Paulo: Atlas, 2002.

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil, Direito das sucessões**. v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. **Saisine e astreinte**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 802, 2002.

CASTRO, Joaquim Luiz de. **Responsabilidade tributária dos sucessores**. Caderno de pesquisas tributárias, nº 4, Sanções tributárias. São Paulo: Resenha tributária, 1979.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Anotações ao código tributário nacional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**, v. 6, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Dicionário jurídico**, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FISCHMANN, Gerson. **Comentários ao código de processo civil: dos procedimentos especiais**, arts. 982 a 1.102c, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Marco Túlio Murano. **Herdeiro aparente**. Revista dos Tribunais, v. 767, p. 725-734. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Alexandre Gir. **A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo código civil: constitucionalidade**. Revista de Privado. n. 11, p. 9-17, julho-setembro, 2002.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil: parte especial: direito das obrigações**, v. 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito das sucessões**, v. 20 (arts. 1.784 a 1.856). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Código civil, comentários didáticos: direito de família**. São Paulo: Atlas, 1980.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao código de processo civil**, v. VI, Tomo II: arts. 566 a 585. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LIMA, Maria Teresa Moreira. **Nota sobre a transmissão dos alimentos no novo código civil**. Revista Forense, v. 364, p. 229-240, Rio de Janeiro: Forense: 2002.

LUCENA, João Paulo. **Comentários ao código de processo civil: dos procedimentos especiais**, arts. 1.103 a 1.210, v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MADALENO, Rolf. **Meação e prescrição**. Revista Jurídica, v. 205, p. 28-36. Porto Alegre: Síntese, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários ao código tributário nacional**. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 2, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. _____. v. 4, 28. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. _____. v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão civil testamentária**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

_____. _____. vol. 1, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

OLIVEIRA, Wilson de. **Espólio**, v. 52, Enciclopédia saraiva de direito. Coord. do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, direito de família**, v. 5, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Instituições de direito civil, direito das sucessões**, v. 6, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. v. 8, Tomo VIII, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. v. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. v. 56, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil**. São Paulo: Freitas Bastos, 1962.

SOUZA, Gelson Amaro. **Responsabilidade tributária e legitimidade passiva na execução fiscal**, 2. ed., Ribeirão Preto: Nacional de Direito, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente**, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Curso de direito processual civil**. Vol. III, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao código civil: parte especial: direito das sucessões**, v. 21 (arts. 1.805 a 2.027). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**, v. 7, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao código de processo civil: do processo de execução**, arts. 566 a 645. v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Obrigações e contratos**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.