DIREITO DAS SUCESSÕES

CONCEITO

Direito das sucessões é o conjunto de princípios e normas que regem a transferência da herança, ou do legado, ao herdeiro ou legatário, em razão da morte de alguém.

Com a morte, as relações jurídicas não se extinguem, salvo as personalíssimas substituindo-se apenas o *de cujus* pelos seus sucessores, mantendo-se todos os demais elementos da obrigação.

FORMAS DE SUCESSÃO

No Brasil, são duas as formas de sucessão: a legítima e a testamentária.

Na sucessão legítima ou *ab intestato*, defere-se a herança aos herdeiros expressamente indicados pela lei, cuja ordem de vocação hereditária encontra-se no art. 1.829 do CC.

Dá-se a sucessão legítima quando não houver testamento, ou quando este caducar ou for anulado por decisão judicial.

Por outro lado, na sucessão testamentária, a herança ou legado são deferidos aos herdeiros instituídos ou legatários indicados no ato de última vontade. Alguns autores dizem que na sucessão legítima há um testamento presumido ou tácito, pois ela reflete a vontade presumida do finado.

A liberdade de testar é absoluta ou relativa?

Depende. Em havendo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), é relativa, porque aos referidos herdeiros é reservada a legítima, consistente em metade da herança líquida, de modo que o testamento só poderá abranger a outra metade disponível. Se, porém, não houver herdeiros necessários, a liberdade de testar é absoluta, e toda a herança é disponível, podendo o testador distribuí-la livremente.

Admite-se também a coexistência das duas formas de sucessão, na hipótese de o testamento não abranger todos os bens, aplicando-se as regras da sucessão legítima em relação aos bens omitidos no testamento.

Finalmente, no Brasil, não se admite uma terceira forma de sucessão, qual seja a contratual ou *pacta corvina* ou sucessão pactícia. De fato, o art. 426 proíbe o contrato de herança de pessoa viva, quer se trate de pacto aquisitivo (*de succedendo*), quer renunciativo (*de non succedendo*). O Código de 1916 abria três exceções: a) nos contratos antenupciais, facultava-se aos nubentes disporem acerca da recíproca e futura sucessão (art. 312); b) nos contratos antenupciais facultava-se, ainda, a realização de doação para depois da morte do doador, em favor dos filhos deste; c) os pais, por ato *entre vivos*, podiam partilhar os bens entre os descendentes (art. 1.776). O novo Código não repete as duas primeiras exceções, operando-se a revogação global, mas mantém a terceira, qual seja a partilha *inter vivos* (CC, art. 2.018), que se trata de uma verdadeira sucessão antecipada, porém restrita aos bens presentes.

ABERTURA DA SUCESSÃO

No art.1.784 consagra-se o princípio de *saisine*, oriundo do direito francês, segundo o qual com a morte a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários, ainda que estes ignorem o falecimento. A transmissibilidade abrange o domínio e a posse da herança (CC, art. 1.207) logo que se abre a sucessão, independentemente de qualquer ato do herdeiro. Aliás, além da propriedade e da posse, transmitem-se também aos herdeiros todos os direitos, pretensões, ações e defesas que o falecido era titular, exceto os direitos personalíssimos. De fato,

os direitos personalíssimos são intransmissíveis (exemplos: obrigação de fazer infungível art.247 do CC; direito real de uso, habitação e usufruto arts. 1.410, II; 1.413 e 1.416 do CC).

Nota-se, contudo, que o herdeiro não é representante do falecido autor da herança, pois o sucede no patrimônio e não em sua pessoa.

Quanto ao legatário, a situação é distinta. Se infungível a coisa legada, adquire-lhe a propriedade desde a abertura da sucessão; se fungível, só a adquire após a partilha. Quanto à posse, seja a coisa fungível ou infungível, a aquisição só ocorre após a partilha.

Finalmente, na hipótese de comoriência, isto é, morte simultânea entre o autor da herança e o seu herdeiro ou legatário, aplica-se o art. 8º, não se operando a transmissibilidade da herança ou legado. Como se vê, os comorientes não herdam entre si, regendo-se a sucessão como se o comoriente jamais houvesse existido.

SUCESSÃO UNIVERSAL E SINGULAR

A sucessão universal é a transferência da totalidade ou de um percentual do acervo deixado pelo *de cujus*. Os herdeiros legítimos, isto é, indicados pela lei, e os herdeiros instituídos, designados no testamento, sucedem a título universal, porque não há a individualização dos bens que lhes são transmitidos.

Em contrapartida, a sucessão singular é a que recai sobre uma coisa individualizada pelo testador ou sobre um percentual dela. O legatário sempre sucede a título singular.

Assim, é legatário quem recebe, por testamento, uma determinada coisa ou percentual dela. Ao revés, é herdeiro quem recebe, por testamento, um terço de toda a herança.

Os herdeiros legítimos podem ser:

***a) necessários*:** descendentes, ascendentes e cônjuge;
***b) facultativos*:** companheiros e colaterais até quarto grau;
***c) universal*:** o que recebe a totalidade da herança.

Quanto ao Município, discute-se sobre a sua natureza jurídica. Para uns, trata-se de herdeiro obrigatório, porque não pode renunciar à herança, enquanto outros sustentam que ele não é sequer herdeiro, e sim apenas destinatário da herança. A discussão tem repercussão no princípio de *saisine*, aplicável tão-somente aos herdeiros. A matéria será abordada no estudo da herança jacente.

A sucessão legítima sempre universal, pois transmite aos herdeiros uma fração da herança. A sucessão testamentária, por sua vez, é universal, quando o testador nomeia herdeiros testamentários, e singular quando contempla legatários.

DA CAPACIDADE PARA SUCEDER

A capacidade para suceder regular-se-á pela lei vigente no tempo da abertura da sucessão (art. 1.784). Assim, a nova lei não pode retroagir a sucessões abertas antes da sua vigência.

Quanto à sucessão testamentária, a solução é a mesma, qual seja o herdeiro instituído ou legatário deve ser capaz de suceder ao tempo da abertura da sucessão, ainda que não o seja ao tempo da feitura do testamento. Se, porém, a nomeação se fizer mediante condição, a capacidade

é apurada pela lei vigente ao tempo do implemento da condição.

Anote-se que a sentença de reconhecimento da paternidade, ainda que prolatada após a morte do pai, retroage à data da concepção do filho, atribuindo-se a este o respectivo quinhão hereditário.

SUCESSÕES IRREGULARES OU ANÔMALAS OU ANORMAIS

Sucessão irregular é aquela ditada por normas especiais, que alteram a ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil.

Vejamos alguns exemplos:

a) O Dec.-lei 3.438, de 17.07.1941, proíbe a sucessão de cônjuge estrangeiro em terrenos da marinha.

b) A Lei 6.858/80 atribui aos dependentes previdenciários do *de cujus* a sucessão de créditos previdenciários, trabalhistas, FGTS, PIS, PASEP e conta bancária de 500 OTN, desde que não haja outros bens. Dispensa-se o alvará judicial para levantamento desses valores em favor dos dependentes. Se, porém, não houver dependentes, atribui-se a sucessão aos herdeiros legítimos, mediante alvará judicial, dispensando-se, contudo, o inventário.

c) No direito autoral, morrendo o autor sem herdeiros, a obra cai no domínio comum, em vez de destiná-la ao Município (Lei 9.610/98).

d) O art. 692, III, do Código de 1916, dispunha que a enfiteuse se extinguia, se o enfiteuta falecesse sem herdeiros. Como se vê, a enfiteuse não integrava a herança jacente.

e) O art. 10 da LINDB dispõe que a sucessão é regida pela lei do domicílio do defunto ou ausente, qualquer que seja a natureza dos bens. Se, por exemplo, morrer um argentino, domiciliado no Paraguai, deixando bens no Brasil, aplicar-se-á o Código Civil paraguaio. Este estatuto que designará os herdeiros e os respectivos direitos, sendo certo, porém, que o inventário se realizará no Brasil, de acordo com as nossas leis processuais. Adotou-se o *princípio da unidade* ou *universalidade sucessória*, segundo o qual a sucessão é regida por única lei, a do domicílio do *de cujus*, sejam os bens móveis ou imóveis. Afastou o nosso direito o *princípio da fragmentariedade* ou *pluralidade*, o qual prevê para os bens móveis a lei do domicílio ou a da nacionalidade do *de cujus,* e para os imóveis, a lei da situação do bem. Abre-se uma exceção ao princípio da unidade sucessória quando houver cônjuge ou filho brasileiro, ou quem os represente, nesse caso, a lei brasileira é aplicável, se for mais favorável do que a do domicílio do *de cujus*. Anote-se ainda que a capacidade para suceder não é regida pela lei do domicílio do *de cujus*, mas pela lei do domicílio do herdeiro ou legatário, conforme § 2º do art. 10 da LINDB. É esta lei que solucionará os problemas referentes à renúncia, deserdação, indignidade e falta de legitimação para suceder.

DA INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA

O direito à herança é indivisível (art. 1.791). A indivisibilidade, que abrange o domínio e a posse dos bens hereditários, perdura entre a abertura da sucessão e a partilha, quando então se individualizam os quinhões.

Antes de alienar os seus direitos, os demais herdeiros devem ser notificados, os quais poderão exercer o direito de preferência na aquisição do quinhão. Se a alienação ocorrer sem essa notificação, os herdeiros preteridos em seu direito de preferência ou preempção poderão ajuizar ação reivindicatória, dentro do prazo de 180 dias após a transmissão, depositando em juízo o preço

(art. 1.795). Sendo vários os coerdeiros a exercer a preferência, entre eles distribuir-se-á o quinhão, na proporção das respectivas quotas hereditárias;

Por outro lado, o direito à herança é considerado bem imóvel para efeitos legais (art. 80, II, do CC). As consequências são:

a) a cessão de direitos hereditários depende de escritura pública ou termo nos autos do inventário;

b) a aludida cessão depende de outorga do cônjuge, salvo no regime de separação obrigatória;

c) exige-se a outorga do cônjuge para que o herdeiro possa estar em juízo;

d) exige-se, também, a outorga do cônjuge para mover ação real em face do herdeiro, se o litígio versar sobre direitos sucessórios, pois esses direitos são considerados bens imóveis (art. 73 do CPC/2015).

ACEITAÇÃO OU ADIÇÃO DA HERANÇA

A aceitação ou adição da herança é o ato pelo qual o herdeiro confirma o seu desejo de receber a herança.

Trata-se de ato unilateral, porque se aperfeiçoa com a simples manifestação de vontade do herdeiro. É ainda um ato não-receptício, uma vez que não precisa ser comunicado a ninguém.

Porém, é um ato obrigatório, retroativo à data da abertura da sucessão. Não mais vige a parêmia *filius ergo eres*, isto é, o filho automaticamente herda. Urge, para que herde, a aceitação da herança. De fato, ninguém é obrigado a herdar contra a própria vontade, razão pela qual a aceitação é um ato obrigatório, apesar de ser meramente confirmatório, pois a aquisição da herança se dá com a abertura da sucessão e não com a aceitação. Contudo, aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Há três formas de aceitação: expressa, tácita e presumida.

Expressa: o herdeiro declara por escrito, público ou particular, o desejo de receber a herança. Não se admite a aceitação verbal (art.1.805).

Tácita: o herdeiro pratica ato positivo revelador do desejo de receber a herança. A aceitação tácita é a que resulta tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro (art.1.805). Exemplos: manifesta-se no inventário, por meio de advogado, concordando com as primeiras declarações ou então requer alvará judicial para alienar bens. O pagamento de dívida da herança não é aceitação tácita, pois o Código Civil admite o pagamento de dívida alheia.

Não exprimem aceitação tácita: a) atos oficiosos, isto é, sentimentais, como o pagamento das despesas do funeral; b) atos de mera administração provisória, como a guarda dos bens do morto ou simples requerimento de inventário; c) cessão gratuita, pura e simples de direitos hereditários em favor de todos os herdeiros (§2º do art.1.805).

Presumida: o herdeiro permanece silente diante da notificação judicial, que lhe fixa o prazo não maior de 30 dias para aceitar ou repudiar a herança. O silêncio implica aceitação. Com efeito, dispõe o art.1.807 do CC: “O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, 20 (vinte) dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de 30 (trinta) dias, para nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita”.

A aceitação pode ainda ser direta ou indireta. É direta quando feita pelo próprio herdeiro e indireta quando feita por quem não é herdeiro.

A aceitação indireta ocorre nas seguintes hipóteses:

a) procurador com poderes especiais; o gestor de negócios também pode aceitar a herança, mas a eficácia depende da confirmação do herdeiro;

b) tutor ou curador, com autorização do juiz, pode aceitar a herança em favor do herdeiro absolutamente incapaz;

c) credor do herdeiro renunciante, na hipótese de insolvência, pode, mediante autorização do juiz, aceitar a herança. A renúncia, porém, é válida, mas apenas ineficaz perante esses credores, de modo que, após o recebimento do crédito, o eventual saldo não irá para o renunciante, e sim para os demais herdeiros. Se o credor tomar conhecimento da renúncia somente após a partilha não lhe será lícito aceitar a herança com ordem judicial. Urge, em tal situação, que promova a ação pauliana ou então a ação revocatória se o renunciante for comerciante falido, para obter o reconhecimento judicial da fraude. Aliás, o art. 129, V, da Nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) presume fraudulenta a renúncia à herança ou legado feita até dois anos antes da declaração de falência. Washington de Barros Monteiro sustenta que nessa faculdade outorgada aos credores não se inclui a de aceitar legado, recusado pelo devedor, porque semelhante recusa pode ser fruto de ponderosas razões de ordem moral. É discutível na doutrina se essa faculdade de o credor, mediante ordem judicial, aceitar a herança deve também ser estendida ao legado. Uns respondem positivamente, aplicando analogicamente o disposto no art. 1.813; outros, ao revés, sustentam a inadmissibilidade da analogia, por se tratar de norma restritiva de direitos.

Por outro lado, quanto à responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas da herança, a aceitação pode ser pura e simples e sob benefício de inventário.

Na aceitação pura e simples ou *ultra vires hereditates*, o herdeiro responde por todas as dívidas do *de cujus*, ainda que superiores ao valor da herança.

Na aceitação sob benefício de inventário ou *intra vires hereditates*, o herdeiro responde pelas dívidas do *de cujus* até o limite do quinhão herdado.

A lei brasileira adotou este último sistema. Há, porém, uma exceção na hipótese de não ter sido feito o inventário. Em tal situação, incumbe ao herdeiro o ônus da prova de que as dívidas são superiores à herança, sob pena de incidir no sistema de aceitação pura e simples, respondendo por todo o débito; daí o interesse em realizar-se o *inventário negativo*, quando o *de cujus* não deixa bens, mas apenas dívidas. Com efeito, dispõe o art.1.792 do CC: "O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados".

RENÚNCIA DA HERANÇA

A renúncia é o ato unilateral pelo qual o herdeiro abdica de seus direitos sucessórios. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renunciar à herança (parágrafo único do art.1.804). A renúncia produz efeitos *ex tunc,* retroativo à data da abertura da sucessão. O herdeiro renunciante não chega a adquirir a herança, logo a renúncia não é ato de alienação, pois só o titular do domínio tem o poder de alienação.

Trata-se de ato solene, que depende de escritura pública ou termo judicial nos autos do inventário. O Código não exige a homologação judicial, mas há vários julgados condicionando a eficácia da renúncia, por escritura pública, à sobredita homologação, mas dispensando-a quando feita por termo nos autos.

Não se admite a renúncia tácita ou presumida, salvo na hipótese do herdeiro testamentário ou legatário, nomeados sob encargo. Nesse caso, do não-cumprimento do encargo presume-se a renúncia.

A renúncia deve ser feita pelo próprio herdeiro ou por mandatário revestido de poderes especiais e expressos. O herdeiro incapaz e o seu representante legal não podem renunciar herança, salvo mediante ordem judicial, ouvindo-se o Ministério Público.

A renúncia pode ser própria e imprópria.

Na *renúncia própria*, também chamada pura e simples, o herdeiro simplesmente abre mão de seus direitos hereditários. Nessa renúncia, não há incidência do imposto *inter vivos*, pois ela não é considerada um fato de transmissão da propriedade, tendo em vista que o herdeiro renunciante é tratado como se nunca tivesse existido. Nessa renúncia, o herdeiro não chega a adquirir a herança. O único imposto devido é o *causa mortis*. O Código não exige a autorização do cônjuge do herdeiro renunciante; não obstante, há opiniões no sentido de que o cônjuge deve anuir, porque o ato assemelha-se à alienação e o direito à herança é considerado bem imóvel; outros ainda sustentam que a dita anuência só se faz necessária quando o herdeiro for casado na comunhão universal. A nosso ver, não é de se exigir a anuência do cônjuge, porque a renúncia pode ser fruto de ponderosas razões morais.

Na *renúncia imprópria*, também chamada translativa ou *in favorem,* o herdeiro renuncia em benefício de pessoa determinada. A rigor, não é renúncia, mas uma cessão gratuita de direitos hereditários, que equivale à doação. Na verdade, há uma aceitação tácita e depois uma cessão gratuita. É devido o imposto *inter vivos,* além do *causa mortis.* A nosso ver, é necessária a autorização do cônjuge do herdeiro, porque o ato equivale a uma alienação de bem imóvel, salvo no regime da separação de bens. A sobredita cessão, por seguir as regras da doação, não pode exceder ao valor da legítima.

Por outro lado, a cessão gratuita em favor de todos os coerdeiros, isto é, em benefício do monte, equivale à renúncia pura e simples, a menos que o herdeiro cedente tenha estipulado cláusulas, encargos ou condições, quando então o ato seguirá as regras da renúncia translativa, pois a estipulação de cláusulas, encargos ou condições implica aceitação tácita.

Na renúncia pura e simples, quanto ao destino do quinhão do herdeiro renunciante, cumpre distinguir a sucessão legítima e a testamentária.

Na sucessão legítima, a quota hereditária do renunciante acresce aos demais herdeiros da mesma classe. Assim, se o *de cujus* deixa três filhos (A, B, C) e um deles (A) vem a renunciar, a parte deste acresce a dos outros dois (B e C). Anote-se que os filhos do renunciante não herdam por representação, mas podem herdar por direito próprio em duas hipóteses: a) se o renunciante é filho único; b) se todos da mesma classe renunciarem. Nesses dois casos, eles herdam como netos do *de cujus*. Com efeito, dispõe o art. 1.811 do CC: "Ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante. Se, porém, ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem a herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça".

Na sucessão testamentária, a parte do herdeiro testamentário ou legatário acrescerá à dos demais herdeiros testamentários ou legatários, se o testamento não especificar o respectivo quinhão. Se, ao revés, houver a especificação do quinhão, a parte do renunciante reverterá em favor dos demais herdeiros legítimos do testador. Assim, se o testador deixa a herança para A, B e C, e A vem a renunciar, a parte dele reverterá em favor de B e C, por força do direito de acrescer, a menos que o testamento tenha nomeado um substituto para o renunciante. Se, porém, o testador deixa a herança para A, B e C, mas especifica que A terá 20%, B, 50% e C, 30%, vindo A a renunciar, a parte dele reverterá em favor dos herdeiros legítimos do testador. Vê-se, portanto, que na sucessão testamentária, a renúncia do herdeiro torna caduca a disposição testamentária que o beneficia, salvo se o testador houver indicado substituto para o renunciante ou quando houver direito de acrescer.

DISPOSIÇÕES COMUNS À ACEITAÇÃO E RENÚNCIA

A aceitação e renúncia não podem ser parciais, nem admitem termo, condição e retratação (arts. 1.808 a 1.812).

Admite-se, porém, a aceitação ou renúncia parcial em duas hipóteses:

1ª) o prelegatário, isto é, o legatário que é também herdeiro, pode aceitar a herança e renunciar o legado e vice-versa (§1º do art.1.808).

2ª) o herdeiro que recebe a herança por títulos diversos, isto é, na qualidade de herdeiro legítimo e testamentário, pode aceitar a herança na qualidade de herdeiro legítimo e renunciar a contemplada no testamento, ou vice-versa (§2º do art.1.808).

Quanto ao termo e condição, também não se admitem na aceitação ou renúncia. Se houver termo, reputa-se não escrito, mas a aceitação ou renúncia são válidas. Se houver condição, anula-se não apenas a condição, mas também a aceitação ou renúncia.

Por outro lado, a aceitação e renúncia são irretratáveis (art. 1.812).

Assim, com a aceitação, o herdeiro confirma a aquisição do domínio da herança. A renúncia posterior não é propriamente uma renúncia, mas uma mera desistência, com efeito *ex nunc*, sujeita à incidência do imposto *inter vivos*. De fato, são irrevogáveis os atos de aceitação e renúncia (art.1.812), embora possam ser anulados.

Igualmente, a renúncia também é irretratável, mas nada obsta a sua anulação por erro, dolo ou coação, mediante ação judicial. A retratação é o desfazimento do ato válido, ao passo que a anulação recai sobre ato inválido. Cremos que a renúncia pode ser retratada numa hipótese, quando feita por testamento. Nesse caso, o testador pode revogar o testamento, cancelando-se, por consequência, a renúncia.

Finalmente, falecendo o herdeiro antes de declarar se aceita a herança, o direito de aceitar ou renunciar passa-lhe aos herdeiros, desde que estes aceitem a segunda herança. De fato, se aceitarem esta última herança, poderão renunciar ou aceitar a primeira. Mas, se renunciarem à segunda, não poderão aceitar nem renunciar à primeira. Na hipótese de herdeiro testamentário e legatário, nomeados sob condição suspensiva, ainda não verificada, falecidos antes da aceitação, o direito de aceitar não se transmite aos herdeiros, porque caduca a disposição testamentária diante do falecimento antes da ocorrência da condição (art.1.809).

HERANÇA JACENTE

CONCEITO

Herança jacente, em regra, é aquela cujos herdeiros não são conhecidos. Todavia, há ainda outros casos de jacência, a saber:

- todos os herdeiros renunciam sucessivamente à herança. Nesse caso, em que todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante, conforme art.1.823 do CC, de modo que não haverá, no âmbito processual, a fase da jacência.
- o único herdeiro é nascituro; até o nascimento a herança é considerada jacente;
- a herança é atribuída, por testamento, para que se constitua uma pessoa jurídica; até a dita

constituição a herança será jacente;
- o único herdeiro é declarado indigno.

NATUREZA JURÍDICA

A herança jacente é um patrimônio especial, *sui generis*, administrado por um curador, sob a supervisão do juiz, é que encontra maior ressonância no direito brasileiro. De fato, a herança jacente ingressa no rol das chamadas "quase pessoas jurídicas" ou entes despersonalizados, à semelhança do espólio e massa falida, patrimônios que titularizam alguns direitos e obrigações, embora destituídos de personalidade jurídica. Na área processual, é considerada uma massa patrimonial com personalidade judiciária, pois pode atuar em juízo como autor ou réu, representado pelo curador (art.75, VI, do CPC/2015).

HERANÇA VACANTE

Herança vacante é a que é devolvida ao Município ou Distrito Federal, em face do reconhecimento, por sentença, da ausência de herdeiros sucessíveis. Antes dessa sentença, haverá apenas uma herança jacente, pautada pela incerteza da existência ou não de herdeiro.

A herança vacante é atribuída ao Município da situação dos bens, ou ao Distrito Federal, quando os bens forem localizados em sua circunscrição, ou ainda à União quando localizados em território federal (art.1.822 do CC).

A partir da vacância, eventuais ações envolvendo a herança devem ser movidas na Vara Privativa da Fazenda Pública.

O Município ou Distrito Federal adquire a propriedade resolúvel dos bens, cuja incorporação definitiva ao seu patrimônio só ocorre após cinco anos, contados da abertura da sucessão, e não do trânsito em julgado da sentença de vacância. Dentro desse prazo, o herdeiro ainda pode mover, em face do Município ou Distrito Federal, a ação de petição de herança. Quanto aos herdeiros colaterais, não se habilitando até a declaração de vacância, ficarão excluídos da sucessão, conforme preceitua o parágrafo único do art. 1.822, ocorrendo uma espécie de renúncia.

Tratando-se de valores devidos pelos empregadores aos empregados, os montantes das contas individuais de FGTS, PIS-PASEP, reverterão em favor, respectivamente, do Fundo de Previdência e Assistência Social, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou do Fundo de Participação PIS-PASEP (Lei nº 6.858/80).

Com o trânsito em julgado da sentença de vacância, cessam as funções do curador.

INDIGNIDADE

CONCEITO

Indignidade é pena civil cominada ao herdeiro ou legatário ingrato, consistente na perda da herança ou legado.

CASOS DE INDIGNIDADE

A enumeração das hipóteses de indignidade, que é taxativa, consta no art. 1.814. Basicamente, são os atentados dolosos contra a vida, a honra e a liberdade de testar do *de cujus* ou de membros de sua família.

A primeira causa de indignidade é o homicídio doloso, consumado ou tentado, cometido pelo herdeiro ou legatário contra o autor da herança, seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro. O Código antigo limitava-se a considerar indignidade apenas o atentado contra a vida do autor da herança. A postura do novo Código propicia o denominado efeito cascata da indignidade. Com efeito, o filho que mata o pai, além de ser indigno em relação à herança de seu pai, pode ainda ser considerado indigno quanto à herança de sua mãe, de seu avô e até de seu irmão. Portanto, um único homicídio pode gerar várias indignidades. Urge, porém, que sejam ajuizadas as respectivas ações de indignidade. O reconhecimento da indignidade não depende de condenação criminal. A prova da indignidade pode ser feita no juízo cível. A eventual sentença criminal absolutória, por negativa de autoria ou inexistência do fato, porém, impede o reconhecimento da indignidade no juízo cível, por força do art. 935. Não haverá também indignidade quando o autor do homicídio estiver acobertado por alguma causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal). Igualmente, quando se tratar de morte culposa ou preterdolosa, porque ausente o *animus necandi*. Também na indignidade quando a morte se dá por engano (erro sobre a pessoa) ou desvio de pontaria (erro na execução). A instigação ao suicídio não é causa de indignidade, não consta na lei, embora haja opiniões em contrário. Sobre o homicídio praticado por herdeiro menor de 18 anos, o código é silente acerca da caracterização da indignidade. Cremos que não deva ser considerado indigno, pois a responsabilidade civil do menor só é admitida nos casos expressos em lei. Ademais, no Código atual, ao contrário do anterior, o menor púbere não é equiparado ao maior em relação aos atos ilícitos que pratica. A extinção da punibilidade pela prescrição ou outra causa não impedem o reconhecimento da indignidade, pois nessas hipóteses o crime subsiste. Finalmente, suspeita de homicídio não induz à indignidade, é mister prova cabal da autoria e materialidade do fato criminoso.

A segunda causa de indignidade consiste na denunciação caluniosa ou prática de crime contra a honra, cometido pelo herdeiro ou legatário contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro. O dispositivo em apreço prevê duas hipóteses: denunciação caluniosa e crime contra a honra. A denunciação caluniosa é um delito previsto no art. 339 do CP. Para Washington de Barros Monteiro só se caracterizará a indignidade se houver prévia condenação do indigno no juízo criminal. Discordo, pois o Código Civil não faz essa exigência. A calúnia assacada após a morte também é causa de indignidade, pois é crime contra a honra (art.138, §2º do CP)

Finalmente, a terceira e última causa de indignidade ocorre quando o herdeiro ou legatário utiliza-se de violência ou fraude para inibir o *de cujus* de livremente dispor de seus bens em testamento ou codicilo, ou então obsta a execução dos atos de última vontade. Exemplos: destruição, ocultação e falsificação do testamento do *de cujus*; coagir o *de cujus* a testar ou então impedi-lo de revogar o testamento anterior. Não há indignidade na destruição de testamento nulo, pois ato nulo não gera consequências jurídicas.

AÇÃO DE INDIGNIDADE

A ação de indignidade só pode ser proposta por quem tem interesse na sucessão, isto é, por quem obtém um ganho com a exclusão do indigno. O credor deste herdeiro também pode ajuizar a ação. O Município também, desde que a herança se torne jacente com a exclusão do indigno.

A partir da lei 13.532/2017, o Ministério Público passou a ter legitimidade para propositura da ação de indignidade, para excluir tanto herdeiro quanto legatário. Por se tratar de uma norma processual, a sua aplicação é imediata, incidindo, inclusive, sobre situações anteriores ainda não atingidas pela decadência. A aludida lei não prevê uma legitimidade subsidiária do membro do

parquet, facultando-o, dessa forma, que ele se antecipe e proponha a ação antes dos interessados, mas se posteriormente algum interessado mover a ação, penso que deva ser extinta sem resolução do mérito a ação movida pelo Promotor de Justiça, pois, implicitamente, há de se convir que a sua legitimidade é, sim, subsidiária.

Convém esclarecer que a lei não exige que o beneficiário com a exclusão do indigno seja menor ou incapaz. Diante disso, há duas interpretações.

Primeira, o Ministério Público pode mover a ação ainda que os beneficiários sejam maiores e capazes, pois o art. 178 do CPC o legitima a atuar em processos em que há interesse público ou social e, nesse aspecto, sempre haveria o interesse social para excluir o indigno da herança. Ademais, onde a lei não distingue o intérprete não pode distinguir.

Segunda, só poderia mover a ação quando o beneficiado for incapaz, nos moldes do art. 178, II, do CPC, pois lhe é vedado pela Constituição exercer a advocacia e, ao patrocinar este tipo de ação, em busca da tutela do interesse privado, a sua atividade seria similar ao do advogado. É preciso se atentar que nem todas as causas de indignidade se revestem de interesse público ou social. Na hipótese de homicídio, sem dúvida há o interesse social para se excluir o indigno, justificando-se a ação, ainda que os beneficiados sejam capazes, mas nas demais hipóteses não se visualiza qualquer interesse público ou social.

No tocante à ação de deserdação, a lei 13.532/2017 silencia sobre a legitimidade do Ministério Público. Mais uma vez mostra-se possível duas interpretações. Primeira, a ação seria possível, por analogia. Segunda, não lhe seria lícito propor a aludida ação, pois, na deserdação, o art. 1.965 do CC disciplina detalhadamente os legitimados, sem fazer menção ao Ministério Público.

Caso ninguém proponha a ação dentro do prazo decadencial, o indigno herdará.

A ação só pode ser proposta após a abertura da sucessão, logo a vítima não pode movê-la, restando-lhe, em vida, o poder de deserdar o herdeiro criminoso, através de testamento, mas ainda que não o deserde, os interessados na sucessão, após a sua morte, poderão mover a ação de indignidade.

A morte do indigno impede a propositura da ação de indignidade; se morrer no curso do processo, este deve ser extinto sem resolução do mérito, pois a indignidade é uma pena e esta não deve passar além do criminoso. Ademais, trata-se de ação personalíssima. Assim, se o indigno morrer antes do trânsito em julgado, o seu direito hereditário passará a seus sucessores.

O prazo para propositura da ação é de 4 (quatro) anos, a contar da abertura da sucessão.

Com o trânsito em julgado da sentença de reconhecimento da indignidade, operam-se os seguintes efeitos:

a) o indigno é excluído da sucessão e obrigado a restituir os frutos percebidos da herança, equiparando-se ao possuidor de má-fé, pois tem o direito a ser indenizado das despesas que fez para a conservação dos frutos (parágrafo único do art. 1.817 do CC).

b) se o indigno for herdeiro legítimo, seus descendentes herdarão por representação, como se morto fosse. Trata-se de um resquício de morte civil. A lei não prevê, porém, a sucessão do cônjuge, ascendente e colaterais do indigno. Assim, se não houver descendentes, a quota do indigno irá para os demais herdeiros legítimos da mesma classe;

c) se o indigno for herdeiro testamentário ou legatário, não haverá o direito de representação em prol de seus descendentes. O seu quinhão será repartido aos demais herdeiros testamentários ou legatários, por força do direito de acrescer, se o testador não especificou a quota de cada um; se especificou, a parte do indigno irá para os herdeiros legítimos do testador;

d) o indigno não terá direito ao usufruto e à administração dos bens que a seus filhos couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens. Os bens excluídos do indigno são chamados ereptícios.

Há quem sustente que o indigno pode herdar por representação, por exemplo, representar o pai que ele matou na sucessão do avô, pois a pena deve ser considerada restritivamente.

Diz a doutrina que a sentença de indignidade é meramente declaratória, tendo em vista a retroatividade de seus efeitos (*ex tunc*).

Anote-se, porém, que o indigno tem o direito à indenização pelas despesas feitas para a conservação dos bens.

DISPENSA DA AÇÃO DE INDIGNIDADE

Em qualquer das causas de indignidade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a imediata exclusão do herdeiro ou legatário indigno, independentemente de prolação de sentença em ação de indignidade.

A propósito, dispõe o art. 1.815-A do CC, introduzido pela Lei 14.661/2023:

"Em qualquer dos casos de indignidade previstos no art. 1.814, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a imediata exclusão do herdeiro ou legatário indigno, independentemente da sentença prevista no caput do art. 1.815 deste Código."

Noutras palavras, a condenação criminal transitada em julgada, qualquer que seja a natureza ou quantidade da pena, nos casos previstos no art. 1.814 do CC, acarreta a imediata exclusão do herdeiro ou legatário indigno.

Trata-se de efeito automático da condenação, pois, para a sua ocorrência, se prescinde de menção expressa na sentença penal.

Se, porém, após o trânsito em julgado da sentença de improcedência da ação de indignidade, sobrevier a condenação criminal definitiva, deverá prevalecer a coisa julgada cível, por força do princípio da especialidade, restando ao vencido, caso ainda não tenha ocorrido a decadência, o direito à propositura da ação rescisória.

Em função disso, para se evitar decisões conflitantes, recomenda-se que, na pendência de ação penal sobre o mesmo fato, seja suspensa a ação de indignidade.

Quanto ao prazo para a propositura da ação de indignidade, é de 4 (quatro) anos, a contar da abertura da sucessão.

Trata-se de prazo decadencial, razão pela qual não poderá ser suspenso nem interrompido (art. 207 do CC).

Abre-se, contudo, exceção quando o beneficiário da indignidade for absolutamente incapaz, hipótese em que haverá o impedimento ou suspensão do prazo decadencial (art. 208 do CC).

Força então convir que, durante a tramitação do processo criminal, fluirá normalmente o prazo para a propositura da ação de indignidade, exceto na hipótese do citado art. 208 do CC.

Por consequência, o efeito da condenação penal em estudo, previsto no art. 1.815-A do CC, que prevê a exclusão automática do herdeiro ou legatário indigno, só incidirá em duas situações.

Primeira, se estiver em curso a ação de indignidade que, nesse caso, deverá ser extinta sem resolução do mérito, por carência superveniente da ação, notadamente, falta de interesse de agir, ainda que esteja no tribunal em grau de recurso.

Segunda, se não houver sido proposta a ação de indignidade, hipótese em que o herdeiro ou legatário só será automaticamente excluído pela sentença penal condenatória, se ainda não houver decorrido o prazo decadencial de

4 (quatro) anos, que é contado da abertura da sucessão.

Imagine, porém, que a sentença penal condenatória tenha sido prolatada antes do

prazo quadrienal, mas o seu trânsito em julgado só tenha se operado depois.

Em tal situação, em função da decadência, há de ser afastado o efeito automático da

condenação em questão.

De fato, aludido efeito só se opera com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não bastando assim a mera prolação da sentença criminal.

Cumpre ainda esclarecer que, em relação ao prazo prescricional, o art. 200 do CC reza que:

"Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva."

A norma acima, porém, é inaplicável ao prazo decadencial.

De fato, estatui o art. 207 do CC:

"Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição."

Como se vê, pelo fato de o citado art. 200 do CC se referir apenas à prescrição, não há como estender o seu conteúdo à decadência, máxime diante de vedação expressa contida no art. 207 do CC.

Por fim, a exclusão automática do herdeiro ou legatário indigno, em razão de sentença condenatória transitada em julgado, por se revestir da natureza de efeito da condenação criminal, tendo assim conteúdo penal, não pode retroagir a fatos ocorridos antes da sua vigência, por força do art. 5º, XL, da CF.

HERDEIRO APARENTE

Herdeiro aparente é o que se comporta como tal, mas, juridicamente, não tem direito sobre os bens da sucessão.

O indigno é uma das hipóteses de herdeiro aparente. Em relação a ele, a lei considera válidas as alienações de bens hereditários feitas antes da sentença, mas ressalva aos herdeiros prejudicados o direito de demandar-lhe as perdas e danos. Anote-se que, quanto às alienações, a sentença de indignidade tem efeito *ex nunc*. O art.1.817 do CC só considera válidas as alienações onerosas, as gratuitas são passíveis de anulação.

Com exceção do indigno, nas demais hipóteses de herdeiro aparente, o Código de 1916 não previa a eficácia do ato. O novo Código, porém, adotou a teoria do herdeiro aparente, reputando eficaz a alienação feita, a título oneroso, por outros herdeiros aparentes a terceiros de boa-fé (art. 1.827, parágrafo único).

O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este, o direito de proceder contra quem o recebeu (art.1.828 do CC).

REABILITAÇÃO DO INDIGNO

Reabilitação é o perdão do indigno pelo autor da herança. Trata-se de ato solene, pois deve ser feito por testamento ou documento autêntico, como, por exemplo, escritura pública. Pode ser feito por instrumento particular, desde que autenticado. Não pode ser verbal.

O perdão deve ser expresso. Não se admite o perdão tácito ou presumido, salvo na hipótese de o testador, após tomar ciência da causa de indignidade, contemplar o indigno no testamento. Em tal situação, opera-se o perdão tácito, mas restrito à gratificação constante no testamento, remanescendo a indignidade quanto aos demais bens da herança.

O perdão é irretratável, porque a retratação é imoral.

Se somente após a sentença definitiva de indignidade é descoberto o testamento de reabilitação, é cabível ação rescisória, readquirindo o ex-indigno os seus direitos hereditários, e se não houver mais bens terá direito ao valor deles.

DISTINÇÃO ENTRE INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

A *indignidade* é extensiva a qualquer herdeiro, legítimo ou testamentário, e também aos legatários, ao passo que a *deserdação* é restrita apenas aos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes). Conquanto herdeiro necessário, a lei não prevê a deserdação do cônjuge.

A *indignidade* é cominada pela própria lei; a *deserdação* depende de testamento, sendo, pois, um ato de vingança do testador.

Tanto a *indignidade* quanto a *deserdação*, porém, dependem de sentença judicial. O testamento, por si só, é insuficiente para deserdar o herdeiro necessário. Urge que, após a morte do testador, dentro do prazo de quatro anos, a contar da abertura do testamento, os interessados ou herdeiros testamentários proponham a ação de deserdação, demonstrando a veracidade da causa constante no testamento.

Todas as causas de indignidade também são causas de deserdação, sendo certo, porém, que, para deserdar, há ainda outras causas previstas em lei.

DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

CONCEITO

Em regra, o herdeiro mais próximo exclui o mais remoto. O direito de representação constitui uma exceção a essa regra.

Assim, herdam por direito próprio ou por cabeça os parentes mais próximos do *de cujus*, ao passo que no direito de representação ou *sucessão indireta*, ou *por estirpe*, o parente mais remoto, de grau inferior, concorre à sucessão com o mais próximo, de grau superior. Com efeito, dispõe o art.1.851 do CC: "*Dá-se o direito de representação quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse*".

Fundamenta-se o direito de representação na vontade presumida do *de cujus*.

Exemplo: Paulo morre e deixa um filho vivo (A) e outro já falecido (B), que por sua vez deixou dois filhos (B1 e B2). A herança de Paulo será dividida da seguinte forma: 1/2 para o filho A; 1/2 para os netos B1 e B2, sendo 1/4 para cada um deles.

REQUISITOS DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

São requisitos do direito de representação:

a) que o representado seja premoriente, comoriente, indigno, ausente ou deserdado. Assim, no exemplo acima, o representado, isto é, o filho B, deve ter morrido antes ou junto com o autor da herança, ou então ser indigno, deserdado ou encontrar-se ausente. Quanto à deserdação, como veremos, não é pacífico o direito de representação, sendo negado por uns e admitido por outros juristas. Na renúncia, não há direito de representação;

b) que se trate de sucessão legítima. Na sucessão testamentária não há direito de representação. Assim, os filhos de herdeiro testamentário premoriente nada herdam;

c) que o representado seja descendente ou irmão do autor da herança. Assim, não há direito de representação quando o herdeiro premoriente for outro tipo de parente, como, por exemplo, primo, tio ou pai do autor da herança. Portanto, se o *de cujus* deixa três primos como herdeiros e há ainda um quarto primo premoriente, os filhos deste nada herdam, dividindo-se a herança apenas entre os três primos vivos. Da mesma forma, se o *de cujus* deixa três sobrinhos como herdeiros, o filho de um quarto sobrinho premoriente nada herdará;

d) que o representante seja descendente do representado. Se o representado não deixar descendentes, não há falar-se em direito de representação. Exemplo: Paulo morre deixando um filho vivo, sendo certo que havia outro filho, morto antes dele, que não deixou descendentes, mas apenas a esposa. Esta, porém, nada herdará de Paulo. Toda a herança será atribuída ao filho vivo. Como se vê, a lei não prevê a representação em favor do cônjuge, ascendente ou parente colateral do representado. A propósito, dispõe o art.1.852 do CC: "*O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente*". Anote-se, ainda, que quando o representado é irmão do *de cujus*, o direito de representação restringe-se aos filhos do irmão. De fato, reza o art.1.853 do CC: "*Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem".* Exemplo: João morre sem descendentes, ascendentes ou cônjuge. Todavia, deixou três irmãos vivos, A, B e C, e um quarto irmão D, morto antes dele. Este irmão D, por sua vez, deixou dois filhos D1 e D2 e um terceiro filho, D3, já morto. Este filho D3, por sua vez, deixou também um filho, Dz, que é sobrinho-neto de João, o autor da herança, e neto de D. A herança de João será repartida da seguinte forma: 1/4 para A; 1/4 para B; 1/4 para C; 1/4 para ser repartido entre D1 e D2, sendo 1/8 para cada. Quanto ao sobrinho-neto de João, Dz, nada herdará, porque os netos de irmãos não podem suceder por representação (art. 1.853). Outro exemplo: Pedro morre e seus herdeiros são dois irmãos A e B. Apura-se que havia um terceiro irmão, C, já morto, cujo filho também está morto, mas o neto encontra-se vivo. A herança de Pedro será repartida apenas entre A e B, porque neto de irmão não herda por representação.

EFEITOS DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

O direito de representação surte os seguintes efeitos:

a) os representantes só herdam aquilo que o representado herdaria se estivesse vivo (art.1.854 do CC). Exemplo: o *de cujus* deixou como herdeiros dois irmãos germanos vivos, A e B, e um irmão unilateral morto, C, que, por sua vez, deixou um filho vivo, C1. Em tal situação, a herança é dividida da seguinte forma: 40% para A; 40% para B e 20% para C1, pois se C estivesse vivo iria herdar apenas 20%, de modo que ao seu filho C1 não pode ser atribuído percentual maior. De acordo com o art.1.855 do CC: "*O quinhão do representado partir-se-á por igual entre os representantes*";

b) os quinhões hereditários dos que herdam por representação não respondem pelas dívidas do representado, mas apenas pelas dívidas do autor da herança;

c) o renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra (art.1.856 do CC). Assim, o filho que renuncia à herança do pai pode representar o pai na herança do avô, desde que este faleça depois daquele;

d) no direito de representação, há a incidência de um único imposto *causa mortis*, porque a herança é transmitida do *de cujus* para o representante. O representado não chega a adquiri-la;

e) o representante terá que colacionar as doações que o representado recebeu do autor da herança. Assim, os netos, quando herdam por representação, serão obrigados a trazerem à colação, ainda que hajam herdado, os bens doados ao pai pelo avô.

DA VOCAÇÃO DOS HERDEIROS LEGÍTIMOS

DA ORDEM DE VOCAÇÃO

Dispõe o art. 1.829 do CC que 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 de comunhão universal, ou no de separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II. aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III. ao cônjuge sobrevivente;

IV. aos colaterais.

Referida ordem é baseada nas relações de parentesco e no vínculo conjugal. A dependência econômica e o vínculo de afinidade não são critérios de vocação hereditária, de modo que não se defere direito sucessório em favor de pupilo, curatelado, sogro, genro, nora, enteado, enteada, padrasto e madrasta.

O chamamento dos herdeiros é efetuado por classes. A classe mais próxima exclui a mais remota, salvo na hipótese de direito de representação. Assim, só se convocam os ascendentes se não houver descendentes.

O companheiro, a União, o Município e o Distrito Federal não figuram no sobredito rol, mas também desfrutam de direitos sucessórios, por força dos arts. 1.790 e 1.844 do CC. A Propósito do companheiro, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 e decidiu que a sucessão na união estável é idêntica à do cônjuge, por força da isonomia que deve reinar entre estas duas modalidades de famílias.

Tratando-se de *de cujus* estrangeiro, em relação aos bens situados no Brasil, a solução será a seguinte:

a) se ele era domiciliado no Brasil, aplica-se a lei brasileira, de conformidade com a ordem de vocação acima transcrita;

b) se ele não era domiciliado no Brasil, a lei de seu domicílio, e não a de sua nacionalidade, regerá a ordem de vocação hereditária (art. 10 da LINDB). Mas se ele era casado com brasileira ou então deixou filhos brasileiros, ou quem os represente, aplicar-se-á a lei mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros (art. 10, § 1º, da LINDB). O juiz escolherá a lei mais favorável, dentre a lei brasileira, a lei do domicílio do *de cujus* e a lei de sua nacionalidade.

DOS DESCENDENTES

Os descendentes de primeira classe são os filhos, de segunda, os netos, de terceira, os bisnetos, e assim por diante.

Sucedem de duas formas: por direito próprio e representação.

A sucessão por direito próprio ou por cabeça ocorre quando todos se acham no mesmo grau.

Exemplo: o *de cujus* teve dois filhos, A e B, ambos falecidos antes dele. O filho A deixou três filhos; o filho B, um filho. Ao todo são quatro netos, de modo que a herança é dividida em quatro partes iguais.

A sucessão por representação ou estirpe ocorre quando descendente de grau inferior concorre à sucessão com o de grau superior em razão de premoriência, comoriência, indignidade, ausência, e, para alguns autores, também a deserdação. Exemplo: Se o *de cujus* deixa dois filhos vivos, A e B, e dois netos, X e Y, descendentes de um terceiro filho, C, pré-morto, a herança será dividida assim: 1/3 para A; 1/3 para B; 1/3 para X e Y, sendo 1/6 para cada um deles.

Desnecessário dizer que a igualdade entre filhos é mandamento constitucional, sendo vedada qualquer discriminação entre eles, ainda que oriundos de adoção.

DOS ASCENDENTES

Na linha ascendente, os mais próximos excluem os mais remotos. Não há direito de representação. Se o *de cujus* deixa o pai vivo e a mãe pré-morta, a herança irá para o pai, nada se atribuindo aos avós maternos.

Por outro lado, havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna (§ 2º do art.1.836 do CC). É a chamada sucessão por linhas ou *in lineas*. Exemplo: Se o *de cujus* deixa como herdeiros apenas três avós, dois maternos (A e B) e um paterno (C), a herança será dividida em duas linhas: 1/2 para a linha materna, sendo 1/4 para A e 1/4 para B; 1/2 para a linha paterna, isto é, para o avô C.

Tratando-se de filiação adotiva, a herança é deferida aos pais adotivos e demais ascendentes da linha adotante. Quanto aos pais biológicos, nada herdam, porque a adoção extingue os vínculos com a família de sangue. O Código acabou com a antiga distinção entre adoção plena e adoção simples, admitindo apenas a adoção plena.

Finalmente, na hipótese de morte de filho não reconhecido, o pai que não o reconheceu nada herdará. Só poderá efetuar o reconhecimento *post mortem* se o filho tiver deixado descendentes (art. 1.609, parágrafo único, do CC).

CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Em falta de descendentes e ascendentes, qualquer que seja o regime de bens, será deferida a sucessão por inteira ao cônjuge sobrevivente (art. 1.838 do CC). Todavia, o cônjuge só terá a condição de herdeiro se ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos. Como se vê, ao cônjuge separado de fato há mais de dois anos não é reconhecido direito sucessório, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem a sua culpa (art. 1.830 do CC). Anote-se que a discussão acerca da culpa do cônjuge não pode ser feita no bojo do inventário, mas em ação autônoma. De fato, questão de alta indagação, isto é, não comprovada documentalmente, não pode ser debatida dentro do inventário.

Cumpre observar que, após dois anos de separação de fato, o cônjuge deixa de ser herdeiro, mas a lei é silente se continua ou não sendo meeiro. O tema é polêmico, mas prevalece o entendimento, baseado no art.1.683 do CC, que a partir da cessação da convivência os bens não mais se comunicam.

Na hipótese de anulação do casamento, o cônjuge sobrevivente pode ainda herdar, desde que presentes dois requisitos:

a) reconhecimento judicial de sua boa -fé (casamento putativo);

b) anulação posterior à morte do outro.

Portanto, no caso de anulação de casamento, para que o cônjuge herde, exige-se o somatório da putatividade e da anulação pós-morte.

O Código inovou na sucessão do cônjuge, admitindo a sua concorrência com os descendentes, em determinados regimes de bens (art. 1.829, I). Com efeito, em havendo descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual aos dos que sucederam por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (art. 1.832 do CC). Assim, se o *de cujus* deixa esposa e dois filhos, A e B, a herança é dividida em três partes: 1/3 para o filho A, 1/3 para o filho B e 1/3 para a esposa. Se o *de cujus* deixa esposa e 10 filhos comuns, 1/4 da herança vai para a esposa; a sobra é dividida por cabeça entre os filhos. A parte do cônjuge, quando os filhos forem comuns, nunca pode ser inferior à quarta parte da herança.

O Código é omisso quanto à concorrência do cônjuge com filhos comuns e filhos incomuns. Uma primeira corrente sustenta que, no caso de filiação híbrida, todos os filhos devem ser considerados exclusivos do *de cujus*, por força dos princípios da isonomia e operabilidade, deferindo-se ao cônjuge um quinhão igual ao dos filhos exclusivos, não se aplicando a reserva mínima de ¼ (um quarto), pois se assim não fosse, prejudicariam os filhos exclusivos, que nada tem a ver com o viúvo. Uma segunda corrente, considera todos os descendentes como sendo comuns, reservando-se ao cônjuge supérstite a reserva mínima de ¼ (um quarto) da herança. A meu ver o problema deve ser solucionado pelas regras de proporção matemática. A propósito, apresento a seguinte fórmula:

a) divide-se a herança pela soma dos herdeiros, isto é, total de filhos e o cônjuge;
b) subtrai-se da herança a parte dos filhos incomuns;
c) apura-se ¼ (um quarto) sobre a herança, sem a parte dos filhos incomuns, encontrando, desse modo, o quinhão do cônjuge;
d) subtrai-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado pelo número de filhos.

Suponha-se que o sujeito tenha morrido, deixando o cônjuge e uma herança de R$ 1.200,00, além de quatro filhos comuns e um filho incomum. O cálculo deve ser feito da seguinte forma:

a) divide-se a herança de R$ 1.200,00 por 6, totalizando a importância de R$ 200,00;
b) retira-se da herança a parte do filho incomum, restando a importância de R$ 1.000,00;
c) apura-se a parte do cônjuge, que corresponde a 1/4 da herança, sem a parte do filho incomum, vale dizer, 1/4 sobre R$ 1.000,00, totalizando-se a importância de R$ 250,00. Assim, este é o valor que o cônjuge herdará;
d) subtrai-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado entre os filhos, ou seja, R$ 1.200,00 – R$ 250,00 = R$ 950,00. Dividindo-se esta importância por cinco, isto é, pelo número de filhos, apura-se R$ 190,00, que é o quinhão correspondente a cada filho.

Anote-se, porém, que, em havendo descendentes, nem sempre o cônjuge herdará. Com efeito, o art. 1.829, I, do CC exclui o cônjuge da sucessão, em concorrência com os descendentes, quando for casado no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens. Quanto ao regime da comunhão parcial, o cônjuge só concorrerá com os descendentes em relação aos bens particulares, isto é, incomunicáveis, deixados pelo *de cujus*. Maria Helena Diniz, porém, sustenta que no regime da comunhão parcial, em havendo bens particulares do *de cujus,* o cônjuge sobrevivente herdará um percentual sobre a totalidade da herança, pois esta é indivisível,

aplicando-se, também, o princípio da operabilidade, uma vez que se torna mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro. Prevalece, no entanto, a opinião contrária. Conforme ensina Zeno Veloso: "Penso que a concorrência só ocorrerá a respeito dos bens particulares, pois em relação aos outros, o cônjuge sobrevivente já é meeiro". Ademais, a parte final do art.1.829, I, do CC prevê uma exceção e as exceções devem ser interpretadas restritivamente.

A respeito do regime da separação obrigatória, paira a discussão sobre a intenção do legislador. Uma primeira corrente sustenta que aludido regime é aquele imposto por lei, nos casos do art. 1.641 do CC. Outros entendem que se trata do regime da separação convencional, isto é, escolhido livremente pelos nubentes por intermédio de pacto antenupcial. Esse último ponto de vista se deve ao fato de o art. 1.829, inciso I, do CC referir-se à separação obrigatória, colocando entre parênteses o parágrafo único do art. 1.640, que é o dispositivo que cuida do pacto antenupcial. A confusão armada pelo legislador é gritante, razão pela qual sugiro a interpretação ab-rogante daquilo que foi colocado entre parênteses, desconsiderando-se a menção ao parágrafo único do art. 1.640. Noutras palavras, filio-me à primeira corrente, pois a expressão "separação obrigatória" deve ser compreendida como sendo a imposta por lei, independentemente de pacto antenupcial. Há ainda uma terceira corrente, defendida por Miguel Reale, no sentido que o regime da separação obrigatória de bens, previsto no art.1.829, I do CC, é gênero que abrange duas espécies: separação legal e separação convencional, sendo que em ambos os regimes o cônjuge não tem meação, nem concorre à sucessão com descendente.

Quanto ao regime de participação final dos aquestos, prevalece o entendimento que se aplicam, no tocante à concorrência sucessória com os descendentes, as mesmas regras da comunhão parcial, isto é, o cônjuge sobrevivente só participa da sucessão em relação aos bens particulares do *de cujus.* Nesse sentido, o Enunciado 270 do CJF.

Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens. Concorrendo com os ascendentes de primeiro grau, que são o pai e a mãe do *de cujus*, o cônjuge tocará um terço da herança, mas caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (art. 1.827 do CC). Assim, se o *de cujus* deixar o pai, a mãe e o cônjuge, a este tocará 1/3 da herança. Mas se deixar o pai e o cônjuge, este terá 1/2 da herança. Igualmente, quando deixar avós e o cônjuge.

Do exposto, dessumem-se as seguintes situações:

a) em falta de descendentes e ascendentes, a herança é deferida ao cônjuge, qualquer que seja o regime de bens;

b) em havendo descendentes, o cônjuge poderá ou não herdar. Dependerá do regime de bens. Nada herdará: I) no regime da separação obrigatória; II) no regime da comunhão universal. No regime da comunhão parcial e participação final nos aquestos, somente herdará os bens particulares do *de cujus*, isto é, os que não se comunicaram com o casamento. Nos demais regimes, figurará como herdeiro, adquirindo um quinhão igual aos descendentes que sucederam por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer;

c) concorrendo com ascendente, o cônjuge herdará, qualquer que seja o regime de bens, conforme já vimos;

d) em todas essas hipóteses, deixará de figurar como herdeiro quando estiver separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos.

O art. 1.831 do CC contempla ainda o cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, com o direito real da habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Se, no inventário, houver mais de um imóvel residencial, uma corrente sustenta que desaparece o direito real de habitação. Outra, porém, mantém o referido direito, por força do princípio da dignidade da pessoa humana.

O STJ tem condicionado o direito real de habitação à existência de um único imóvel residencial no inventário, mas ressalvado que subsiste o referido direito se o cônjuge sobrevivente for proprietário de outros imóveis que não integram o inventário.

Em contrapartida, o STJ tem mitigado o direito real de habitação, afastando-o quando o cônjuge sobrevivente for dotado de recursos financeiros suficientes para assegurar a sua subsistência e moradia dignas.

Sobredito direito real opera-se *ex vi legis*. Cessa com a morte ou então se deixar de servir de sua moradia. Ao inverso do direito anterior, o Código atual, acertadamente, não prevê a perda desse direito pelo fato de o cônjuge supérstite contrair novo casamento.

No direito real de habitação, o uso do imóvel é gratuito, os herdeiros não poderão cobrar aluguel, mas o imóvel não poderá ter outro destino que não seja a moradia do cônjuge sobrevivente, que não poderá alugá-lo, nem cedê-lo em comodato. O enunciado 271 do CJF ressalva que: "O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança". Há quem sustente que a renúncia é nula porque envolve o direito à moradia, que é indisponível (art. 6º, *caput,* da CF).

Quanto ao usufruto vidual, o Código não o repete, encontrando-se globalmente revogado. De fato, no Código anterior, o cônjuge tinha direito ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvessem filhos deste ou do casal, e da metade se não houvesse filhos, embora sobrevivessem os ascendentes do *de cujus*.

Cumpre, ainda, rechaçar qualquer distinção entre herança e meação. Herança é o patrimônio deixado pelo morto; meação é o patrimônio comunicável durante o casamento. Herança é direito sucessório, cujo fato gerador é a morte do titular do patrimônio; meação é direito oriundo do matrimônio, que pode ser reconhecido em vida, quando houver separação judicial ou divórcio.

A meação varia conforme o regime de bens, a saber:

a) no regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente durante o casamento. Igualmente, no regime de participação final nos aquestos;

b) no regime da comunhão universal, comunicam-se todos os bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ainda que adquiridos a título gratuito;

c) no regime da separação, comunicam-se apenas os bens adquiridos com esforço comum.

Assim, o cônjuge pode ser:

a) meeiro e herdeiro. Exemplo: casado na comunhão universal com uma pessoa que morreu sem deixar descendentes;

b) meeiro sem ser herdeiro. Exemplo: casado na comunhão universal com uma pessoa que morreu deixando descendentes;

c) herdeiro sem ser meeiro. Exemplo: casado na separação de bens com uma pessoa que morreu sem deixar descendentes;

d) nem herdeiro nem meeiro. Exemplo: casado na separação de bens com pessoa que morreu deixando descendentes.

DA SUCESSÃO DOS COLATERAIS

Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele for indigno, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau (art. 1.839 do CC).

Na linha colateral, o parentesco começa em segundo grau, que são os irmãos. Estes podem ser germanos ou bilaterais, filhos do mesmo pai e da mesma mãe, e unilaterais, que são os que têm apenas um genitor comum. Os irmãos unilaterais maternos são chamados uterinos; os paternos, consanguíneos.

Os irmãos sucedem por cabeça. Se o *de cujus* deixar cinco irmãos unilaterais, divide-se a herança por cinco. Igualmente, se deixar cinco bilaterais.

Concorrendo, porém, à herança do falecido, irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar (art. 1.841 do CC). Assim, o irmão bilateral herda o dobro do unilateral. Por exemplo: a herança é de R$ 100.000,00 e o *de cujus* deixou dois irmãos bilaterais, A e B, e um unilateral, C. A herança será dividida assim:

- R$ 40.000,00 para A;
- R$ 40.000,00 para B;
- R$ 20.000,00 para C.

Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes, quais sejam os sobrinhos. Os sobrinhos, filhos do irmão do *de cujus*, colaterais de terceiro grau, herdam por cabeça e por representação. Herdarão por cabeça se o *de cujus* não deixar nenhum irmão, mas apenas sobrinhos. Nesse caso, a herança será repartida entre eles, em partes iguais, se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais. Mas se uns forem filhos de irmãos bilaterais e outros de irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que herdar cada um daqueles (§ 2º do art. 1.843 do CC). Herdarão por representação ou estirpe quando o *de cujus* deixar irmãos e sobrinhos (filhos de outro irmão pré-morto). Exemplo: o *de cujus* deixa um irmão, A, e outro irmão, B, já falecido, que por sua vez deixou três filhos, C, D e E. A herança de R$ 18.000,00 é dividida assim: metade, isto é, R$ 9.000,00, é entregue a A; a outra metade vai para os filhos de B, isto é, C, D e E, sendo R$ 3.000,00 para cada um. Se o falecido B fosse irmão unilateral, a herança seria dividida assim: R$ 12.000,00 para A; R$ 6.000,00 para os filhos de B, isto é, C, D e E, sendo R$ 2.000,00 para cada um deles.

Não havendo irmãos nem sobrinhos, a herança é deferida aos tios, irmãos dos pais do *de cujus*. Mas aqui não há direito de representação. Exemplo: o extinto deixa três tios, A, B e C e um quarto tio, D, pré-morto, que, por sua vez, deixou um filho, que é primo do *de cujus.* A herança é repartida entre A, B e C. Como se vê, filho ou cônjuge de tio não herdam por representação.

Anote-se que os tios e sobrinhos são colaterais de terceiro grau, mas a lei dá preferência aos sobrinhos, chamando-os à sucessão antes do tio. O meio-tio ou tio unilateral herdará por igual em relação ao tio bilateral, pois as restrições constantes no art.1.841 e §2º do art.1.843 do CC são aplicáveis apenas aos irmãos e sobrinhos, sendo vedada a analogia em norma restritiva de direitos.

Na falta de irmãos, tios e sobrinhos, a herança é deferida aos colaterais de quarto grau, que são os primos-irmãos, tios-avós e sobrinhos-netos, partilhando-a por cabeça, de forma igualitária. Aqui também não há direito de representação. Se, por exemplo, o extinto deixa dois primos, A e B, um tio-avô, C, um sobrinho-neto, D, e outro primo, E, pré-morto, a herança será dividida por quatro, isto é, entre A, B, C e D. Os filhos do primo pré-morto nada herdam. O fato de serem colaterais de quarto grau, unilateral ou bilateral, não interfere na distribuição da herança.

DA SUCESSÃO DA COMPANHEIRA OU COMPANHEIRO

A sucessão da companheira ou companheiro é regida pelo art. 1.790 do CC que, entretanto, reveste-se de inconstitucionalidade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, de acordo com a Excelsa Corte, a família, seja ela constituída pelo casamento ou união estável, deve ter um tratamento isonômico, e não díspar, sendo vedada a hierarquia que coloca o casamento numa posição superior em matéria de deferimento de direitos. Portanto, a sucessão da companheira ou companheiro é exatamente igual à do cônjuge. Não se muda uma vírgula entre essas duas sucessões.

O concubinato adulterino ou incestuoso não produz efeitos sucessórios, mas a legislação reconhece a validade da união estável quando a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente (§ 1º do art. 1.723 do CC).

Por outro lado, o Código é omisso a respeito do tempo necessário para que a união estável com pessoa casada separada de fato gere direitos sucessórios. Deixar para o magistrado analisar cada caso concreto acaba gerando uma insegurança jurídica, além de decisões conflitantes sobre o mesmo assunto. À primeira vista, parece ser razoável a exigência de um prazo de dois anos, tendo em vista que depois deste período o cônjuge separado de fato deixa de ter direitos sucessórios, conforme preceitua o art. 1.830 do CC. Todavia, o art. 1.801, III, do CC preceitua que não pode ser nomeado herdeiro nem legatário o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado do cônjuge há mais de cinco anos. Vê-se, portanto, que o concubino do testador casado só pode figurar como herdeiro testamentário ou legatário depois de cinco anos de separação de fato. Assim, se nem por vontade do testador o aludido concubino pode figurar como herdeiro antes dos cinco anos, força convir que na sucessão legítima também é necessário o decurso do prazo de cinco anos de separação de fato.

No concernente à união estável em que nenhum dos dois é casado, o código também é omisso a respeito do prazo de convivência necessário para a caracterização de direitos sucessórios. Cremos que a questão deva ser resolvida pelo magistrado na análise de cada caso concreto.

Quanto ao direito de habitação da companheira ou companheiro, previsto na Lei nº 9.278/96, consistente na moradia sobre o imóvel que servia de residência do casal, desenvolveram-se duas correntes. A primeira sustentando a manutenção deste direito, porque o Código Civil não o revogou expressamente. A segunda proclamando sua revogação global, porque o Código disciplinou toda matéria de união estável contida na Lei nº 9.278/96, omitindo apenas o direito de habitação, sinal que quis eliminá-lo. Ademais, o art. 2.043 do CC, quanto às leis especiais, ressalvou apenas a vigência das disposições de natureza processual, administrativa e penal, revogando implicitamente as normas de direito civil. Filio-me a esta última corrente.

Saliente-se que esse direito de habitação, para quem o admite, cessa apenas com a morte ou então com o casamento ou união estável.

ANÁLISE DO ART. 1.790 DO CC

À guisa de elucidação, passo à análise do art. 1.790 do CC, não obstante a sua inconstitucionalidade.

Dispõe o art. 1.790 do CC que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

II. se concorrer com descendentes, só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que

houver a cada um daqueles;

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

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

O Código só atribui direitos sucessórios à companheira ou companheiro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Em relação a esses bens, a companheira ou companheiro, além de meeiro, conforme art. 1.725 do CC, figura também como herdeiro. Se concorrer com filhos comuns, terá direito à quota equivalente a um filho. Igualmente, quando concorrer com descendentes comuns, embora o art.1.790, I, do CC refira-se a filhos. Se concorrer com filhos só do autor da herança, terá direito apenas à metade do que cada filho herdará; se concorrer com ascendentes ou colaterais, terá direito a um terço da herança; se não houver parente sucessível, terá direito à totalidade da herança, é meeiro, sendo evidente a violação da isonomia.

Maria Berenice Dias, antes mesmo do STF declarar a inconstitucionalidade do citado art. 1.790 do CC, já sustentava a incidência do princípio da isonomia, estendendo ao companheiro todos os direitos que a lei atribuía a o cônjuge, de modo que se não houvesse descendentes ou ascendentes, ao companheiro se deferiria toda a herança, posicionando-se, pois, à frente dos herdeiros colaterais.

Por outro lado, a lei não contempla a hipótese de o companheiro ou companheira concorrer simultaneamente com filhos comuns e com filhos só do autor da herança. A solução, a meu ver, deve ser baseada em regras de proporções matemáticas. A propósito, apresentamos a seguinte solução:

1ª Fase:

$$PC = \frac{1 \times n.º\ FC + 0{,}5 \times n.º\ FI}{TF}$$

2ª Fase:

$$PF = \frac{H}{n.º\ F + PC}.$$

Observações:
- PC corresponde à parte da companheira
- n.º FC corresponde ao total de filhos comuns
- n.º FI corresponde ao total de filhos incomuns
- PF corresponde à parte de cada filho
- H corresponde ao total da herança

Miremos no seguinte exemplo: João morreu, deixando a companheira, três filhos comuns e dois filhos incomuns, bem como uma herança de R$ 5.800,00.

Para solucionar o problema, basta aplicar a fórmula acima.

Vejamos:

1ª Fase:

$$PC = 1 \times n.º\ FC + 0{,}5 \times n.º\ FI$$

TF
PC = 1 x 3 + 0,5 x 2
5

PC = 3+1
5

PC = 4
5

PC = 0,8

Assim, a parte da companheira corresponde a 0,8 do que receber cada filho.

2ª Fase:

PF = H
n.º F + PC

PF = 5.800,00
5 + 0,8

PF = 5.800,00
5,8

PF = 1.000,00

Assim, a parte de cada filho corresponde a R$ 1.000,00.

A parte da companheira corresponde a 0,8 x 1.000,00, que é igual a R$ 800,00. Essa questão da filiação híbrida, contudo, é polêmica. Uma segunda corrente considera, nesse caso, todos os filhos como sendo comuns, aplicando-se o art.1.790, I, do CC, deferindo-se à companheira quinhão equivalente a de um filho. Uma terceira corrente aplica o art.1.790, II, do CC, atribuindo-lhe metade do que couber a cada um dos descendentes.

Note-se que a lei não prevê os direitos sucessórios em relação aos bens adquiridos antes da união estável nem em relação aos adquiridos durante, mas a título gratuito. Diante da omissão, força convir pela inexistência de direitos sucessórios em favor do companheiro quanto a esses bens. Alguns autores, porém, sustentam que o companheiro poderia herdar esses bens, com base no art. 1.844 do CC, que só considera a herança jacente na hipótese de inexistência de cônjuge, companheiro ou algum parente sucessível, fazendo, como se vê, expressa menção ao companheiro.

Finalmente, cumpre frisar que o exposto acima tem apenas efeito histórico, posto que aplica-se ao companheiro os mesmos direitos sucessórios que a lei atribui ao cônjuge.

DO ESTADO

Como já salientado anteriormente, não sobrevivendo cônjuge, companheiro, nem parente sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal (art.

1.844 do CC).

O Estado é o único herdeiro forçado, porque lhe é vedado renunciar à herança.

DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

CONCEITO E CARACTERES

Testamento é o ato pelo qual alguém dispõe dos seus bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre certas situações de ordem estritamente pessoal ou moral.

O testamento apresenta as seguintes características:

a. é ato unilateral, porque se aperfeiçoa com uma vontade só, a do testador. Assim, o beneficiado não pode assinar o testamento.

b. é ato gratuito, porque implica transferência de bens ou outro tipo de disposição sem qualquer contraprestação. À gratuidade abre-se, porém, uma exceção ao testamento com encargo, que acaba onerando o beneficiado;

c. é ato unipessoal, porque não pode ser feito em conjunto, mas isoladamente. O Código proíbe o testamento conjuntivo, também chamado de mão comum, feito por duas pessoas , no mesmo papel. Cada papel, isto é, instrumento, deve conter apenas um testamento;

d. é ato solene, porque deve observar a forma prescrita em lei;

e. é ato revogável, podendo ser alterado a qualquer tempo. Reputa-se nula a cláusula de irrevogabilidade constante no próprio testamento. Há, porém, duas cláusulas irrevogáveis: a que reconhece filho (Lei n° 8.560/92) e a que perdoa o indigno. Nada obsta, porém, a ação anulatória de reconhecimento do filho, na hipótese de erro, dolo ou coação, pois a lei proíbe a revogação, e não a anulação;

f. é ato *causa mortis*, porque só produz efeitos após a morte do testador. Proíbe o Código Civil doação *causa mortis*. Portanto, a disposição de bens para depois da morte só deve ser feita por meio de testamento. Muito comum é a doação com reserva de usufruto, também chamada usufruto deducto, em que o doador transfere desde logo a propriedade do bem, mas reserva para si o usufruto até que sobrevenha à sua morte. Além do testamento, ainda há outros atos *causa mortis*: seguro de vida, codicilo e inscrição de pessoa como dependente previdenciário para o fim de recebimento de pensão;

g. é ato personalíssimo. Não se admite, portanto, testamento por procuração, nem mesmo com poderes especiais, sendo também vedada a assistência e a representação.

O testamento em regra tem conteúdo patrimonial, servindo-se para a disposição dos bens. Contudo, presta-se também para fins extrapatrimoniais. Exemplos: reconhecimento de filho (art. 1.609), nomeação de tutor para filho menor (art. 1.729, parágrafo único), perdoar o indigno (art. 1.818), deserdar o herdeiro (art. 1.964), nomear testamenteiro (art. 1.976), dispor do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (art.14 do CC) etc.

CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA

Dispõe o art. 1.860:

"Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento". E no parágrafo único acrescenta: "Podem testar os maiores de dezesseis anos."

Assim, não podem testar:

a. os menores de dezesseis anos, ainda que emancipados. Completando os dezesseis anos poderão testar, independentemente de autorização ou assistência do representante legal;
b. os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, (art. 4º, II).
c. os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º, III). É nulo o testamento feito por quem, no ato de testar, não está em perfeito juízo, por exemplo, embriagada.
d. qualquer outra pessoa que no ato de testar não tiver pleno discernimento (art. 1.860). Exemplos: violenta emoção, surdo-mudo que não exprime a vontade etc.
e. pessoa jurídica, pois ela se extingue por fenômeno distinto da morte, sendo que o testamento é ato *causa mortis*.

Quanto ao pródigo, conquanto elencado entre os relativamente incapazes (art, 4º, IV), a nosso ver, pode elaborar testamento, desde que em perfeito juízo, porque, dentre os atos que se encontra proibido de praticar, previstos no art. 1.782, não consta o testamento. O assunto, porém, não é pacífico. Há quem sustente que o pródigo não pode fazer testamento, pois ele não tem o pleno discernimento dos atos, tanto é que é considerado relativamente incapaz.

O Código admite o testamento feito por cego, analfabeto, falido, surdo, insolvente e mudo. Idade avançada e proximidade da morte não anulam o testamento, salvo se houver falta de discernimento. Quanto ao surdo-mudo, só poderá testar mediante testamento cerrado, se tiver desenvolvimento completo, caso contrário, não.

Na dúvida, sobre o pleno desenvolvimento do testador, prevalece a presunção de capacidade. Ao autor da ação de nulidade competirá o ônus da prova da incapacidade.

A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz valida-se com a superveniência da capacidade (art. 1.861). Como se vê, a capacidade deve existir ao tempo da feitura do testamento, sendo irrelevante a incapacidade superveniente. Se, ao revés, o testador era incapaz ao tempo da elaboração do testamento, tornando-se capaz, a nulidade persiste, posto que absoluta, logo insuscetível de convalidação ou ratificação.

Anote-se, porém, que a eventual ação de nulidade só pode ser proposta após a morte do testador, porque não se pode litigar sobre herança de pessoa viva. Extingue-se em cinco anos o prazo para impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro (art.1.859 do CC). O registro do testamento é ordenado pelo juiz, após a morte do testador. Trata-se de prazo decadencial. Já a anulação do testamento por erro, dolo ou coação deve ser providenciada em quatro anos, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício, mas somente após a abertura da sucessão (parágrafo único do art.1.909 do CC).