

Algumas linhas críticas sobre o direito sucessório brasileiro

Gisele Leite

A sucessão na técnica jurídica significa a transmissão de bens decorrente da substituição de uma pessoa por outra na titularidade de direito, pode operar-se a título gratuito, inter vivos ou causa mortis.

Quando se refere aos direitos das sucessões relaciona-se àquela sucessão decorrente da morte e, excepcionalmente em vida, quando trata de partilha em vida e doações.

Define-se o direito das sucessões como o conjunto de princípios jurídicos que disciplina a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu, ou que é presumida morta, a outros, que são considerados seus sucessores.

A razão de ser do direito sucessório existe em função do direito real, isto porque o patrimônio de alguém não pode se converter em res derelicta apenas com sua morte. A coisa não poderia simplesmente perecer sem ter seu titular.

A expressão patrimônio como bem salienta Carlos Maximiliano envolve tanto o ativo como o passivo do falecido, requerido ou inventariado. Não há de se confundir e pretender enxergar no patrimônio todos os direitos existentes.

Corroborando com tal entendimento, temos a existência dos direitos da personalidade, os direitos personalíssimos, os direitos de família puros que são intransmissíveis.

Por tal razão, alguns doutrinadores preferem cogitar em patrimônio sucessível e não-sucessível.

A sucessão pactícia é vedada tendo em vista o art. 426 do NCC dispositivo legal com idêntica redação do art. 1.089 do CC/1916. Todavia, tanto no velhusco Código Civil como também no Novo Código Civil há hipóteses que excepcionavam e, ainda excepcionam, como as doações aos nubentes (art. 314 CC/1916) e, a possibilidade de inclusão de sucessão de sócio no contrato social das sociedades (art. 1.042 CC/1916) que não foram repetidos pelo novo codex.

No entanto, a partilha em vida é permitida e era pré-existente (no art. 1.778 do CC/1916) e foi relembrada pelo art. 2.018 do NCC e até mesmo ampliada, pois antes era faculdade do pai e agora dos ascendentes.

A aversão aos atos jurídico causa mortis, só é excepcionada através do testamento e, em outras espécies contratuais como o seguro de vida.

De qualquer maneira vige a vedação aos contratos causa mortis onde o evento morte atua como elemento accidental do jurídico. Nada impede que a morte seja até elemento necessário ao negócio.

Para Carvalho Santos é proibida a disposição total patrimonial inter vivos, pois o declarante restaria privado de sua liberdade de testar. Também os que envolvem promessa que não deva ser executada, a não ser após a morte do promitente. Mas em função do art. 425 do NCC o caso foca fora da hipótese legal de proibição.

Outra exceção é o usufruto vitalício onde há permissão legal (art. 1.400 § único do NCC) e outra exceção, a regra do art. 426 do NCC.

Assim pontifica Carvalho Santos que é proibido:

Quer sejam realizados por alguém que disponha sobre sua própria herança;

Quer sejam realizados por alguém que disponha sobre os bens que irá herdar;

Quer sejam realizados por terceiros estranhos à herança;

A razão da proibição dos pactos sucessórios é o fato de ser imoral vincular um ato jurídico à morte de alguém. O que produziria no beneficiário um interesse na morte do outro contratante. O pacto corvina até por segurança é vedado.

No Direito Antigo havia várias espécies de pactos: o de simples instituição de herdeiros, pata de sucedendo; o pacto de sucessão mútuo de herdeiro, *pacta mutua successionis*; e os pactos de disposição de herança (*pacta de tertui dispositione*); e, finalmente os pactos renúncia de herança (*pacta de non sucedendo*).

No Direito pátrio desde as Ordenações do Reino tais espécies de pactos sucessórios são vedados havendo a exceção estipulada no contrato antenupcial que versava sobre a sucessão recíproca dos contraentes.

A sucessão brasileira não admite em regra a forma contratual, mas em outros países é permitida como na Alemanha, Suíça e Áustria.

As doações realizadas aos descendentes são computadas como adiantamento da legítima e não gozam da aversão legal, e inovando o Código Civil, atribuiu a mesma eficácia as doações de um cônjuge ao outro (art. 544 NCC).

No entanto, o novo codex civil cometeu um pecadilho capital ao instituir a colação obrigatória dos descendentes beneficiados com doação, mas não ao cônjuge.

O convivente também, não está sujeito à colação posto que é herdeiro necessário. Entretanto, pode sofrer verificação para efeito de excesso por via de doação inoficiosa (art. 548 NCC). É nítido o retrocesso que faz o novo codex ao desproteger a união estável, que passou ser chamada de entidade familiar.

Surge aparente um conflito entre o art. 544 e art. 1.829 do NCC, pois só há colação quando existe concorrência sucessória, somente alguns cônjuges estarão obrigados a cumprir o disposto do art. 544 do NCC.

Difere a concorrência dos cônjuges com a herança dos ascendentes (art. 1.829, II NCC), pois não se fez distinção dos regimes matrimoniais. Em qualquer regime de bens matrimonial, o cônjuge que recebe a doação é obrigado a leva-la à colação quando concorre com ascendente do autor da herança.

No entanto, quando concorre com descendentes é de se ressaltar que em havendo comunhão universal de bens que já garante parcela considerável da herança (cinquenta por cento) dos bens do falecido, não participa da herança e, não se subordina à colação de bens doados com evidente prejuízo à prole.

Também o parágrafo único do art. 551 do NCC que repete o art. 1.178 do CC/1916 traz a hipótese de pacto sucessório onde se vincula a transferência patrimonial da doação que os cônjuges recebem em comum em caso de morte, à parte deste acresce à do sobrevivente.

Também são casos de pactos sucessórios a reserva vitalícia de usufruto (art. 1.400, parágrafo único NCC) a instituição de acréscimo de usufruto extinto pela morte de um dos usufrutuários (art. 1411 NCC), a cláusula de retorno de bens na doação (art. 547 NCC) e de fideicomisso (art. 1.951 e seguintes do NCC).

Se tais situações não estivessem expressamente permitidas em lei, acarretariam nulidade ao ato jurídico face englobarem condições jurídicas impossíveis, o que pelo art. 123, I NCC é vício grave capaz de eivar de nulidade todo ato jurídico.

Já em partilha em vida (art. 2.018 NCC) também apesar de representar outra exceção ao art. 426 do NCC há perfeita validade desde que respeitadas as regras sucessórias e, principalmente o respeito ao quinhão da legítima reservado aos herdeiros necessários.

A sucessão anômala é aquela não regulada pelas regras normais do direito sucessório e, estão presentes no direito previdenciário (Lei 8.391/91) que prevê no art. 74 que a pensão por morte do segurado pela Previdência Social deverá ser rateada entre seus dependentes cujo rol é disposto no art. 16 do mesmo diploma legal que bem difere daquele da ordem de vocação hereditária da lei cível prevista no art. 1.829 NCC.

É assim também com relação ao fundo de garantia por tempo de serviço (art. 20, IV, da Lei 8.036/90). A partilha do seguro de vida também se utiliza o conceito de beneficiário que não é herdeiro, e, sim o indicado como tal em contrato (art. 792 NCC).

Dá-se, outrossim, sucessão anômala com a propriedade intelectual matéria atualmente regulada pela lei 9.610/98 e diferente da legislação anterior que beneficiava os filhos, pais, ou cônjuge por toda a vida.

A transferência do direito autoral não se dá de forma absoluta, mas somente por setenta anos. E se não houver parentes sucessíveis cai a obra em domínio público. Assim não há sucessões nos moles cíveis e nem há o recolhimento do Estado no caso de direito autoral visto que cai em domínio público. Daí a presente onda de regravações para aplacar a eventual falta de criatividade contemporânea.

A sucessão dos concubinos é outro exemplo de anômala, pois é regida ainda pelas leis 8971/94 e 9.278/96 e, ainda pelos dispositivos do NCC(art. 1.790 NCC). Interessante notar que parecer ser possível então haver a concorrência sucessória entre o cônjuge e o companheiro pelos arts. 1.830 e 1.723 § 1o, combinado coma rt. 1.790 todos do NCC.

Separado de fato há mais de dois anos, sem culpa sua, o cônjuge sobrevivente tem direito hereditário (art. 1.830NCC), mas havendo entidade familiar, permitida pelo art. 1.723 NCC o companheiro sobrevivente também goza de direito hereditário. Então, nessa hipótese o famigerado concubinato impuro pelo lapso de tempo passará a ser puro.

Se concorrentes o cônjuge e o companheiro, a este, deve recolher apenas um terço dos bens conseguidos durante entidade familiar da qual participou. Se na concorrência com quem recebe em quarto lugar na vocação hereditária, merece igual solução.

A sucessão legítima é a que decorre de lei, e baseia-se na suposta (ou presumida) vontade do falecido quando deixa de testar, ou na hipótese de sucessão testamentária expressa.

Assim em função do art. 1786 as espécies de sucessão causa mortis são duas:

“a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

Enquanto a sucessão legítima possui vinte artigos, a testamentária possui 133 dispositivos legais. Deve-se ressaltar, todavia a maior regulamentação não significa, no entanto, sua maior utilização.

A sucessão testamentária não impede a sucessão legítima sendo as duas passíveis de coexistirem. Funcionando a legítima sempre como subsidiária à sucessão testamentária.

Desta forma, prevalecerá a sucessão legítima se o testamento é inválido ou ineficaz ou quando não se regula por ele toda a transferência patrimonial do sucedido (art. 1.786 NCC).

Não basta a vontade para verter em obrigatória a sucessão testamentária, deve esta ser a manifestada de forma solene, ou seja, por meio de um testamento ou de um codicilo.

Aliás, a definição codificada do testamento conforme preceitua o art. 1.626 CC/1916 é ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei dispõe, no todo ou em parte seu patrimônio, para depois da sua morte.”

Tal dispositivo não repetido no novo codex, embora sejam mantidas suas principais características conforme se depreende dos arts. 1.857 e 1.858 do NCC.

Já o codicilo não exige tantas formalidades como o testamento, aliás, a autora possui um pequeno artigo a respeito chamado “Considerações sobre o codicilo” (art. 1.881 NCC).

Grande repercussão é a inclusão do direito à herança como garantia constitucional ex vi o art. 5o, XXX da CF estando, portanto invalidadas todas as excludentes de capacidade sucessória prevista no código civil. Ressalte-se que a regra é a capacidade, e a incapacidade, é a exceção.

Interpreta-se que a regra constitucional em tela visa não só prover o direito de propriedade de maior tutela como também de proteção absoluta o direito de herdar.

Questão assaz intrigante é o conflito existente entre o ditame constitucional que proíbe qualquer espécie de pena perpétua (art. 5o, XLVII e XLVI CF) a existência da indignidade e deserção que são espécies de pena civil aplicadas de forma permanente, o que provoca uma calorosa discussão a respeito da validade da legislação infraconstitucional.

Também a paridade constitucional equiparando todos os filhos (art. 227, § 6o, da CF) implica na possibilidade de um filho ter dupla posição para recebimento de herança, é o caso do incestuoso que aparentemente pode disputar por direito próprio e, ainda por direito de representação pela mãe pré-falecida, o que afronta totalmente o princípio da igualdade dos quinhões hereditários.

O legislador pátrio optou pela capacidade sucessória do momento da abertura sucessória (art. 1.884 e 1.787 do NCC) e, art. 1.041 do NCC que manda que se regulem pelo Código Civil de 1916 as sucessões abertas durante sob sua vigência.

Algumas situações ensejaram maior ponderações, pois enquanto vigente o velhusco código de 1916 e, em face da equiparação dos filhos, é vexata quaestio o direito sucessório do filho cujo pai faleceu antes da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Resta indagarmos se haverá a aplicação do princípio da igualdade em relação às sucessões abertas e, em andamento. Constam, em direito pátrio, casos em que a lei modificativa de capacidade sucessória se fez aplicar às sucessões já abertas como aconteceu com os colaterais, principalmente por ser mais benéfica.

A aberta de sucessão é o momento da transmissão da herança, na sucessão causa mortis é com o falecido do sucedido e, nesse momento exato, ocorre o *droit de saisine* previsto anteriormente pelo art. 1.572 do CC/1916 e que encontra correspondente no art. 1.784 do NCC.

Silencia o novo codex quanto à transmissão do domínio e da posse, expressando doravante apenas transmissão de herança que abarca todas as espécies de direito e, não apenas os relativos à propriedade.

Não estabeleceu com precisão quando exatamente a transferência de direitos se opera, atinando somente com a abertura da sucessão.

A Lei 6.015/73 (a Lei de Registros Públicos) alterou a sistemática impondo a obrigatoriedade do registro também os atos de entrega de legados, de imóveis, dos formais de partilha e das sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento sumário quando não houver partilha (art. 167, I, 25).

Assim restou instituída a transferência instantânea da propriedade dos bens hereditários pelos arts. 1.784 e 1.791, parágrafo único do NCC, aos herdeiros legítimos e testamentários. Desta forma parece solucionada a questão suscitada pela Lei de Registros Públicos.

A transmissão imediata à abertura da sucessão dando à continuidade das qualidades contidas na posse, assim se a posse é indireta é deferida desta maneira quando não possa ser direta (art. 1.784 c/c/ 1.791 NCC).

É diversa a transferência do domínio e da posse da herança se diferente for sucessão, assim se legítimo o herdeiro recebe a posse e o domínio dos bens transmitidos imediatamente à abertura da sucessão, já os legatários não é transferida a posse dos bens que lhes cabem, por força do art. 1.791 do NCC, mas o domínio lhes é transmitido desde a morte do testador.

O texto de 1916 era mais preciso quanto à especificação de que o inventariante, no caso exercido pelo cônjuge sobrevivente, em regra tenha a posse dos bens até a partilha. O art. 1.991 NCC não cogita em posse e, sim, administração.

Quanto aos bens fungíveis (onde a posse e o domínio andam inseparáveis) sequer o domínio é transferido, só com o integral cumprimento do testamento. O mesmo ocorre com relação ao legado de coisa de ser adquirida pelo testamenteiro do de cujus somente quando adquirida, é que o legado é cumprido.

As disposições CC/1916 dispunham os animais silvestres podiam ser apropriados se feridos e perseguidos, embora apreendidos (art. 595 CC/1916), ou se ingressarem em imóvel particular (art.597 do CC/1916) dispositivos suprimidos e ausentes no NCC.

Existe em verdade uma falsa dificuldade em considerar aqueles que não tendo personalidade jurídica à época da abertura da sucessão, possam ser titulares de direitos hereditários nesse momento (art. 1.798, 1.799, I do NCC).

Expressa o art. 1.784 NCC que a herança é transmitida aos herdeiros, legítimos e testamentários. Na sucessão universal há transmissão da totalidade do patrimônio do de cujus, ou uma quota-parte ideal dele; já na sucessão particular ou singular apenas transmite-se apenas direito certo e, individuado só tem aplicação na sucessão testamentária.

A diferenciação conceitual entre herdeiro e legatário não é absoluta no art. 1.723 CC/1916 permitia no sucedido se transformasse herdeiro e legatário. O que, mormente está proibida pelo art. 1.884 do NCC e, reafirmada pelo art. 1.857, parágrafo primeiro do NCC.

O direito português e o italiano permitem o legado em substituição da herança legítima. Porém manteve o novo codex a partilha em vida art. 2.018, e o fato de serem herdeiros ex re certa os que desqualifica como herdeiros.

A mulher possui o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, sendo este o único direito a inventaria (art. 1.831 NCC), igual direito se estende à companheira por força da Lei 9.248/96, mas infelizmente assim não manteve o NCC.

Para Antonio Junqueira de Azevedo que enuncia o herdeiro que se caracteriza como continuador das relações jurídicas pelo sucedido.

Enquanto que o legatário recebe bens circunscritos, porém, não é um continuador patrimonial do de cujus. Tal diferença é relevante para a aferição da posse para fins de usucapião e, neste sentido o NCC em seus arts. 1.206 e 1.207 traz que a posse do sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor para os efeitos legais.

O legatário para alguns doutrinadores, é mero adquirente, apesar de que testamento de dar continuidade em suas relações jurídicas que deixa ao morrer. Portanto, a tese francesa de que somente o herdeiro é continuador patrimonial do de cujus é mais fantasiosa do que real.

O herdeiro ainda que necessário (legitimário ou reservatário) pode receber obrigatoriamente a herança salvo em caso de indignidade ou de deserdação. O lugar da abertura de sucessão é o último domicílio do falecido onde normalmente se encontram bens e negócios.

Excepcionalmente será competente o lugar onde se situam estes bens (art. 96 do CPC) e todas as questões sucessórias cingem-se ao local da abertura da sucessão. A unidade e a universalidade da sucessão exigem a concentração dos direitos hereditários em um só lugar.

Se, no entanto, se o falecido não tem domicílio certo se segue à regra contida no art. 12§ 1o, da LICC, o lugar da situação dos bens, e, se este variado, opta-se finalmente pelo lugar de seu falecimento (art. 96, parágrafo único, II do CPC). Todas essas regras não devem ser utilizadas de forma inflexível.

O Código Civil não permite a disposição da totalidade dos bens se existirem parentes na linha reta com capacidade sucessória.

Radbruch sublinha que o atual direito sucessório não passa afinal dum compromisso entre sistemas e princípios opostos.

Desta forma, não prospera a liberdade de testar que se opõe a legítima dos herdeiros necessários, a idéia de função econômica que justificaria a sucessão pela continuidade da unidade de bens apresenta-se em contrário, a regra da partilha que impõe divisão; e, principalmente, ao herdeiro, muitas vezes visto como continuador do de cujus, apresenta-se o legatário como mero recebedor de bens.

Tudo isto contribui para que o direito das sucessões seja muito complexo mais até do que é usualmente apresentado nos compêndios didáticos de direito civil.

Porém, nunca houve absoluta liberdade na indicação dos agraciados com a herança, a exemplo disto, temos a concubina impura. E o novo codex restringiu ainda mais a liberdade de testar, pois à parte que deve caber aos herdeiros necessários, a legítima, não pode mais constar do testamento (art. 1.857, § 1o, do NCC).

Porém, paradoxalmente manteve a partilha em vida (art. 2.018. NCC), se a sucessão é legítima apenas as pessoas físicas podem ser contempladas enquanto que na sucessão testamentária tanto as pessoas físicas como jurídicas podem ser beneficiadas desde que dotadas de personalidade jurídica que corresponde à qualidade para ser sujeito de direitos e obrigações e, naturalmente herdar.

O atual codex ao invés de mencionar capacidade utiliza erroneamente o vocábulo legitimação, mas convém elucidar que os termos não são sinônimos.

A capacidade em termos genéricos está ligada à aquisição ou exercício de direito e à peculiar situação em face de certos bens, pessoas e interesses. Já a legitimação está mais ligada ao gozo e, não à aptidão para receber herança.

A questão é meramente semântica e redacional em nada alterando com relação ao disciplinamento legal anterior que continua intacto.

Verifica-se a aptidão dos beneficiados há de ser apurada exatamente, por causa da transmissão imediata do domínio e posse da herança (art. 1.791, parágrafo único do NCC).

Há dois momentos distintos para se aferir capacidade; com relação ao falecido no momento da feitura do testamento e o momento da abertura de sucessão. E, entre esses momentos pode haver alteração da lei a ser aplicada.

A lei vigente na data da feitura do testamento vai regular a capacidade do testador e forma extrínseca do ato.

A incapacidade superveniente do testador não invalida o ato testamentário, nem o testamento do incapaz se convalida com a aquisição a posteriori de sua capacidade (art. 1.861 NCC). É a famosa regra *tempus regit actum*.

Assim a lei vigente na abertura da sucessão regula e a eficácia dos testamentos e a capacidade sucessória.

Referências

Almeida, José Luiz Gavião de. Código civil comentado: artigos 1.784 a 1.856, volume XVII, Coordenador Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo, Editora Atlas, 2003.

Cahali, Francisco José. Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões arts. 1.572 a 1.805, São Paulo, Editora RT, 2000.

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito das Sucessões, volume 4 da Série Sinopses Jurídicas, 3 ed., 2000, São Paulo, Editora Saraiva.

Venosa, Sílvio de Salvo, organizador. Novo Código Civil: texto comparado, Editora Atlas, 2002.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2900/Algumas-linhas-criticas-sobre-o-direito-sucessorio-brasileiro>

Acesso em: 30 jun. 2009.