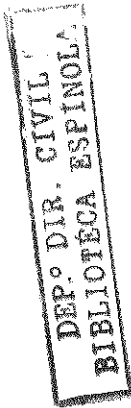


CAPÍTULO 14
DESERDAÇÃO

I — Conceito	158
II — Requisitos	159
a) Casos de deserdação	160
b) Ato de deserdação	162
c) Reconhecimento judicial da causa	163
III — Efeitos	164
a) Situação do deserddado	164
b) Situação do herdeiro instituído	164
c) Outros sucessíveis	164

Capítulo I

A SUCESSÃO



I — Noção

Sucessão, em geral, é a continuação de uma relação jurídica em outro sujeito. A palavra *transmissão* é tomada como sinônimo de sucessão. Sucessão há na venda, na doação, na cessão de crédito e de outros direitos, na sub-rogação tanto convencional quanto legal, na assunção de dívida, ainda em certos atos de direito de família como a adoção. Porque em todos esses negócios e situações entre pessoas vivas, transfere-se direito ou obrigação de um sujeito para outro o qual passa a ocupar o lugar do primeiro na relação. E sucessão existe também, por igual razão, na substituição de um sujeito que morre por outro que se investe na qualidade de titular do patrimônio do extinto ou de algum bem seu destacado.

Trata-se, pois, de um termo técnico extenso, cujo campo de aplicação supera largamente a matéria disciplinada pelo ramo do direito que se denomina *das sucessões* (ao qual é reservado o emprego do adjetivo *sucessório*). Determinar, então, dita matéria sucessória, a saber de que sucessão cuida esta parte do direito civil, é a primeira tarefa que o nosso estudo oferece.

a) *Sucessão a título universal*. Às vezes, o tipo de transmissão em exame se caracteriza como *sucessão a título universal*. A esta se contrapõe a *sucessão a título singular* que importa a transferência de objetos individualizados ou fixados em porções concretas. A sucessão universal compreende a transmissão de uma *universalidade*. No âmbito do direito das sucessões há, com efeito, sucessão universal porquanto, o que passa ao sucessor aí, é o patrimônio de uma pessoa finada. E o patrimônio de uma pessoa — unidade econômica de todas as coisas, direitos e obrigações a ela atinentes em sentido ativo e passivo — é uma universalidade das qualificadas como *universitas iuris*.

Sem embargo, não há exata coincidência entre o conceito de sucessão universal e a transmissão dos bens de uma pessoa que morre. Pois a sucessão universal ocorre com frequência fora do campo do direito das sucessões. Na transferência de um estabelecimento comercial, por exemplo, há sucessão em universalidade, assim como normalmente o há sempre que pessoas jurídicas alienam o seu inteiro patrimônio. Contudo, não vai aí matéria de direito sucessório.

b) *Sucessão hereditária.* Outra expressão usualmente empregada para denotar a transmissão regulada pelo direito sucessório é *sucessão hereditária*. O patrimônio de uma pessoa passa a qualificar-se como *herança* assim que ela morre. Sendo um patrimônio, a herança é também uma universalidade. Portanto, sucessão hereditária é a modalidade de sucessão universal qualificada pela morte do transmitente, o que a situa inteiramente dentro do direito das sucessões. O conceito de sucessão hereditária corrige, por isso, a latitude da idéia de sucessão a título universal.

Ainda assim, porém, a correspondência dos conceitos não é exata. E aqui o reparo toca também à sucessão universal. É que no direito sucessório não entra apenas transferência de universalidades, notadamente de heranças. O regime também comporta os bens singulares (sucessão a título singular), mediante o instituto dos legados. *Legado* é um ou alguns bens determinados que o sucedido destacou do seu patrimônio para com ele favorecer alguém. Herança e legado são coisas distintas. E a não ser na acepção lata que o termo herança também admite, o legado não faz parte do *universum jus hereditário*. Daí segue que, qualificar a sucessão pelo objeto herança, não conduz a conceito suficientemente completo, conquanto constitua ela o conteúdo mais importante do direito sucessório.

c) *Sucessão por causa de morte.* A sucessão classifica-se, ainda, em *sucessão entre vivos* e *sucessão por causa de morte*. Vulgarizaram-se as expressões latinas *inter vivos* e *causa mortis*.

Sucessão por causa de morte é *nomen* que não traz definição conceitual para a caracterização e determinação da transmissão sucessória. Objeto do direito das sucessões é precisamente a sucessão por morte. É a transmissão dos bens que uma pessoa natural, ao morrer, deixa a sucessores herdeiros e legatários, que faz o conteúdo das regras deste ramo jurídico.

Nem sempre, como visto, coincide com a transmissão a título universal ou com a sucessão hereditária.

No que pese, porém, toda sorte de restrições aqui postas, a verdade é que expressões como sucessão a título universal e sucessão hereditária, e o mesmo termo sucessão, encheram-se de significado característico através do tempo e do uso, de modo a tornarem-se expressivas o bastante para designar a matéria do nosso estudo. Restou vocabulário qualificado, o que nos autoriza a empregá-las correntemente, sem necessidade de ressalvas e observações. Mais: é importante anotar que a palavra sucessão passou a significar o seu objeto, o patrimônio deixado por morte. E a palavra herança, por seu turno, há muito adquiriu uma acepção subjetiva, passando a denotar a mesma substituição sucessória.

Cunha Gonçalves registra duas variedades semânticas da palavra sucessão: "Subjetivamente, diz, sucessão é o direito de uma pessoa a receber os bens ou o dever de cumprir as obrigações de outra já falecida: objetivamente, é a massa desses bens e das obrigações que os oneram, e que o art. 1.737 (do antigo Código Civil português) designa por herança" (*Tratado*, IX, II, 1.551, p. 589). Da objetivação do conceito de sucessão no direito francês, dá conta Mazeaud: "A palavra *sucessão* é tomada em dois sentidos. Designa a *transmissão por causa de morte*, e a devolução dos bens do defunto — chamado *de cuius* ("is *de cuius successoris agitur*", aquele de cuja sucessão se trata) — aos seus sucessores. A palavra *sucessão* designa igualmente o patrimônio transmitido: diz-se que um herdeiro recolhe a sucessão do *de cuius*" (*Leçons*, IV, 657, p. 532). Quanto à subjetivação do conceito de herança, acolhida normalmente, é interessante registrar a mais famosa definição romana de herança, atribuída a Juliano no Digesto: "*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*" (D. 50, 17, 62). Compare-se a definição de Gaio: "*Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit*" (D. 50, 16, 24). Em resumo, herança é a sucessão.

II — Espécies

A sucessão por causa de morte decorre da lei ou da vontade do autor. É *legítima* no primeiro caso, ou *legal*, — *testamentária* no segundo. Esta divisão domina toda ordem jurídica sucessória, informando-lhe tanto o enunciado normativo, como a sua formação histórica, seus rumos e sua evolução. Terceira espécie de sucessão é a *contratual*, mais conhecida entre nós como *pacto sucessório*.

A classificação de Galvão Telles, estruturada sobre o critério da fonte da vocação sucessória, distribui as espécies de sucessão em duplo plano: o de-se em *legítima* e *legitimária*. A terminologia é a do Código Civil português (art. 2.027). O nosso Código conhece a sucessão legítima (como necessários, mas não adota o termo nem da autonomia à espécie. A sucessão voluntária divide-se em *testamentária* e *contratual*, segundo proceda de ato unilateral ou bilateral (*Direito das Sucessões*, 23, 25, pp. 89 e ss.). Limongi França traz para o lado da sucessão legítima e da testamentária, a *sucessão de ausente*, como terceira espécie (*Manual*, II, II, pp. 11 e ss.).

a) *Sucessão legítima*. Diz-se legítima, legal ou *ab intestato* a sucessão, quando o título de vocação sucessória é a própria lei. Em outras palavras, a lei nomeia os sucessores os quais, por isso, são denominados *legítimos*. Os sucessores legítimos são os parentes ou o cônjuge do autor. É sensível a projeção do direito de família na sucessão legítima. Na falta de parentes e de cônjuge, sucede o Estado que, deste modo, é também um sucessor legítimo.

A sucessão legítima é sempre a título universal. Só a herança, como universalidade, se transmite por lei. Pois, legados, legatários são sempre herdeiros, muito embora não seja curial chamar o Estado de herdeiro.

A sucessão legítima é deferida na lei em caráter subsidiário. "Morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos" (CC, art. 1.574). O texto legal dá a entender, portanto, que a sucessão testamentária predomina. Esta regra, porém sofre importante exceção: havendo sucessores descendentes e ascendentes, uma parte da herança, que varia de legislação para legislação, não pode ser objeto de disposição do testador. Esta parte é a *legítima*. A outra é a *porção disponível*. A transmissão *causa mortis* da legítima constitui a *sucessão legitimária*; para nós subespécie de sucessão legítima. O descendente ou ascendente é, pois, o sucessor ou herdeiro *legitimário* ou *reservatório*. Os outros herdeiros legítimos são os *facultativos*.

b) *Sucessão testamentária*. O sucessor é testamentário quando a fonte de vocação sucessória é a vontade do autor da herança, expressa através de instrumento genericamente denominado *ato de última vontade*. Tal ato se formaliza normal

mente em *testamento*. Mas o Código acolhe o instituto do *codicillo*, simples *memorandum* de última vontade que não configura testamento. Mediante testamento o autor institui herdeiros e legatários. Vale dizer que o testamento é veículo de sucessão a título universal e a título singular. Por codicillo, dispõe-se de assuntos especiais, como donativos e despesas, e podem-se instituir pequenos legados.

Basicamente o testador é livre para dispor dos seus bens porque é o dono deles e esta é a índole do direito de propriedade. É o princípio da *liberdade de testar*. Entretanto, nas fortes exigências de nexo parental, este princípio deparou o refreio histórico que o reduziu a uma liberdade limitada. Conforme já foi referido, não pode alguém dispor de mais da metade de seus bens, se concorrerem sucessores legítimos. Outras legislações restringem a porção disponível a um terço e até um quinto, escalonando a percentagem de acordo com o número e a qualidade dos sucessíveis. Poucos são por outro lado os ordenamentos que consagram liberdade de testar plena; entre eles os da Inglaterra e dos EUA. Não se apaga porém o princípio, posto que as restrições, rigorosas que sejam, são sempre circunstanciais, dependendo da existência de parentes qualificados por determinadas condições.

Dados históricos

Ambas as espécies sucessórias se alternam historicamente em importância e em primazia. Mas raramente deixaram de coexistir num mesmo sistema e numa mesma época. Resultado disso é uma história sobremaneira rica para o direito das sucessões, tratada em numerosas obras de juristas e historiadores. A sucessão testamentária, tal como a temos hoje, é construção oriunda do direito romano. A sucessão legítima sujeitou-se a influências do direito germânico antigo. Mas não tem cabimento a idéia de que a sucessão legítima ou familiar tenha origem ali. Entre os germanos antigos a propriedade pertencia coletivamente à família. Como assevera Galvão Telles, "nem havia verdadeiramente sucessão. Os bens formavam um patrimônio familiar sujeito ao regime de propriedade de mão comum (*zur gesammten Hand*) diferente da compropriedade de tipo romano. Pertenciam indistintamente a todos os que em cada momento fizessem parte da família, sem que cada um tivesse neles uma quota demarcada, objeto de direito próprio. Nenhum membro incluindo o chefe de família (*Hausvater*) tinha um direito separado e por conseguinte nenhum individualmente podia exercer facultades de disposição" (*Direito das Sucessões*, 54, p. 243). Por outro lado, não é exato que o direito hereditário romano foi essencialmente testamentário, índice de um individualismo exacerbado. Seria fixá-lo num único período da vida do direito romano, omitindo o

verdadeiro significado da concepção romana de sucessão (v. Mazeaud, *Leçons*, IV, 663, p. 535). Ao que parece o primitivo direito dos romanos conheceu o testamento tão pouco quanto o direito germânico. Conforme ensinam Correia e Sciascia (*Manual*, v. §§ 122 e 123, pp. 373 e ss.) a primitiva *hereditas* consistiu no conjunto de poderes do *pater*, sob cuja égide se mantinha coeso o organismo familiar. E por morte do *pater familias* era chamado a sucedê-lo o novo pai: o *heres*. O fito é a continuidade da família e o acessório é o patrimônio incluído no acervo de direitos: *Heres in omne ius mortui, non tantum in singularum rerum dominium succedit*. Depois da Lei das XII Tábuas transformam-se as condições econômicas; sobrevém o testamento. Muito mais para garantir a firmeza da organização familiar que para assegurar liberdade de testar ao pai de família: pois, sob a autoridade e a aprovação do povo reunido em comício curiado (*testamentum calatis comitiis*), ou perante o exército posto em ordem de batalha (*testamentum in procinctu*), cumpria-se o rito de manifestação de última vontade. Não se conheceu o testamento, confirma Fustel de Coulanges (*A Cidade Antiga*, pp. 83 e ss.), nem houve verdadeira sucessão entre os antigos romanos, gregos e hindus. Porque, ao morrer o chefe do grupo familiar, tinha de continuar com a família a propriedade, e a propriedade existia, não para satisfazer necessidades de vida, senão porque pertencia aos deuses ancestrais. Melhor: formava com eles uma única entidade, o único ser eterno que os antigos conheciam: a família. Deste modo o herdeiro (chamado por Platão *διόδοχος γενος*) não tem de aceitar nem de recusar a herança. A continuação da propriedade é-lhe uma obrigação tanto como um direito. E os haveres da família são imóveis tanto como o lar e o túmulo aos quais se acham presos; o homem é que passa. O regime sucessório que se encontra entre os babilônios é muito semelhante a isso, no sentido de a necessidade de continuação do culto transcender as conveniências da vontade de falecidos e herdeiros (Gaudemet, *Institutions de l'antiquité*, 30, p. 46). O curioso, porém, é que no Antigo Império egípcio (terceiro Milênio a.C.) a par de um sistema igualmente baseado no culto religioso, verifica-se a ocorrência de disposição testamentária dos bens, dissociada do culto, exclusivamente patrimonial, mediante ato revocável feito em presença de testemunhas (*idem*, 41, p. 62). Já entre os hebreus a sucessão *ab intestato* é dissociada da função religiosa (Dt 21, 17, Gn 21, 10, Jd 17, 2-4, Lv 22, 13, Rt 4, 3, etc.). Mas também entre os hebreus se encontram vestígios de sucessão testamentária (Tb 8, 24). Voltando ao direito romano, é certo que após a Lei das XII Tábuas a sucessão testamentária predominou, evoluiu, admitiu a transmissão legítima *si intestatu mortitur* (*nemo partim testatu, partim intestatu decedere potest*). No tempo de Trajano se estabelece a legítima como reação a costumes abusivos dos testadores (*officium pietatis*). De modo nianeu a reserva legítima já existia sucessão legítima. No direito justiniano de um herdeiro. Segundo Cunha Gonçalves, essas regras romanas, modificadas pelo Código visigótico e depois pelas Ordenações, é que passaram a regular as sucessões testamentária, legítima e legítima em Portugal (*Tratado*, IX, II, 1.354, p. 606).

c) *Sucessão contratual*. O ato de disposição dos bens *causa mortis* é testamento se for unilateral. Se bilateral, como por exemplo, uma doação por morte, é *contrato* ou *pacto sucessório*. Pode ser estabelecido para transmitir herança ou coisa singular (*pacto de succedendo*) ou para renunciar à sucessão (*pacto de non succedendo*). Outrossim pode versar a sucessão própria, ou a alheia (*pacto de successione tertii* ou *de hereditate tertii*). Os contratos sucessórios são consagrados por alguns códigos civis como os do subistema germânico moderno (alemão, austríaco, suíço). Mas os pactos sobre a sucessão de outra pessoa viva repugnam geralmente e se consideram imorais (*pacta corvina; vota captandae mortis*).

A tradição romana hostilizou os pactos sobre sucessão futura em geral. As diferentes formas de negócios sucessórios contratuais que se instalaram modernamente em diversas legislações, são resultado de uma lenta evolução jurídica de instituições germânicas desde a Idade Média. Segundo Kipp-Coing (*Erbrecht, Lehrbuch*, V, § 1., pp. 8-9), o direito hereditário do Código Civil alemão funda a sua estrutura sobre o direito romano comum que vigia na Alemanha durante o século XIX, e cujos princípios já estavam no direito romano antigo. A vida jurídica da Idade Média alemã, ao receber o direito romano, acrescentou-lhe alguns institutos seus os quais restaram no direito comum. Entre eles, exatamente as formas de pacto sucessório como os contratos sucessórios (*Erbverträge*) e os testamentos em comum (*gemeinsamen Testament*). O Código Civil português dispõe sobre a sucessão contratual no seu art. 2.028 que traz a seguinte definição: "Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta". Mas o dispositivo não deve enganar: na verdade, a regra da lei portuguesa é, em geral, de proibição do contrato sucessório.

O nosso direito repele a sucessão contratual. O preceito do art. 1.089 do CC é interpretado como rigorosa e geral proibição do pacto, quer sobre a própria herança, quer sobre a de terceiro; seja para suceder, seja para renunciar. Diz o dispositivo: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".

Não obstante, um caso patente, pelo menos, de contrato sucessório, tem ingresso no Código, uma vez que o art. 314 prevê doações para depois da morte do doador estipuladas nos contratos antenupciais. E reforça a permissão dispondo o aproveitamento da doação pelos filhos do donatário.

A segunda hipótese é duvidosa. Concerne à faculdade de os nubentes disporem reciprocamente sobre suas sucessões em contrato antenupcial. Mas não há a exceção expressa.

O sítio da matéria são os arts. 256-257. O entendimento de tal possibilidade provém de uma interpretação do art. 257 em face da sua tramitação legislativa. Havia no Projeto, diz Beviláqua, prescrição expressa de invalidade também para as convenções que alterassem "a ordem legal das sucessões". Como o dispositivo foi suprimido conclui-se que tais pactos são válidos (!) (*Comentários*, art. 257).

O terceiro caso apontado como exceção à regra do art. 1.089 é o da partilha em vida (art. 1.776). Não se trata de partilha com doação dos bens (como no direito português); sim de bens que continuam no domínio do autor. Então, não há como deixar de considerar o caso contrato sucessório.

III — Fundamento

O problema do fundamento da sucessão prende-se a algumas indagações, através das quais os juristas procuram razões que justifiquem a existência e a ordem básica do fenômeno sucessório. Tais questões dizem respeito, primeiro à necessidade da ordem sucessória e, em seguida à destinação do patrimônio de quem morre.

1. A constância dos institutos da sucessão nas sociedades organizadas de todas as épocas e de toda parte, deve, de si, satisfazer a uma concepção histórica da necessidade da ordem sucessória; o bastante, pelo menos, para se concluir que a hereditariedade é um fato da natureza social e não um artifício político. Algumas malogradas experiências de abolição dessas instituições, não fizeram mais do que oferecer exemplar confirmação da solidez da lei das sucessões. Se tal fato transparece como um imperativo natural, é porque o patrimônio de uma pessoa que morre tem de ter um destino ordenado. E esse destino, qualquer que ele seja, já é indeclinável princípio de função sucessória. Com efeito, não é compatível com a idéia de ordem social e muito menos de ordem jurídica, o ter alguém de deixar, por sua morte, credores frustrados de um lado, devedores absolutos e bens devolvidos ao abandono de outro, confusão econômica enfim na sua esfera de relações negociais. As crises de segurança, em pequena e em grande proporção, que a desintegração irresponsável de cada patrimônio tende a acarretar a uma comunidade em tal situação, revela à saciedade o imperativo da continuidade do patrimônio privado no complexo das relações humanas.

2. Importa, por conseguinte, que ao morrer uma pessoa, seu patrimônio tenha um destino: que passe a alguém com o encargo de dar continuidade às relações que um patrimônio é capaz de gerar. Trata-se de uma necessidade social concreta a qual se impõe ao entendimento, e que só uma utopia como a da abolição do patrimônio individual poderia arredar. Ora, deve entender-se que, garantida a continuidade patrimonial pela passagem do encargo a um responsável, seja ele quem for, cumpre-se a substância da função sucessória.

Considere-se o pensamento de Radbruch, um neoromântico que, sem embargo, observa que as unidades econômicas não existem apenas no interesse lucrativo dos seus donos, mas também no do bem comum a cujo serviço devem estar. Esta função social das unidades econômicas, diz, faz tornar-se desejável sua perduração ainda para além da morte de seus proprietários. Seria dispêndio de energia, considerável e improdutivo, desaparecerem tais unidades com a morte dos que a sustentam havendo de serem criadas de novo por outros. E é por isso que em todas as sociedades se regulou, sempre, a sucessão, i. é, a chamada de um novo dono a ocupar o lugar do antigo à frente de certo patrimônio, — estabelecendo-se destarte uma certa "ordem de sucessão" (*Filosofia do direito*, II, pp. 73-74). Quanto à tese comunista contra a sucessão (cf. Alberto Mayrand, *Les successions ab intestat*, 7, p. 7).

3. A questão que segue é a de a quem deve passar o acervo hereditário. É justificável que se transmita àquele ou àqueles a quem o testador queira deixar, pois está no fundamento da ordem jurídica privada o assegurar a autonomia da vontade de cada um e a faculdade de dispor de coisas e direitos próprios, sem embargo das restrições que a mesma ordem jurídica tenha de impor. E é justificável também que a herança fique com aquelas pessoas com as quais o *de cuius* compartilhou laços de reciprocas obrigações e direitos durante a vida, de solidária e constante vinculação pessoal, econômica, moral, biológica: a família. Posto que a diretriz seja o imperativo da continuidade, o critério de eleição do herdeiro tem de ser o *do melhor contínuador*. E desde que o próprio autor da herança não o tenha escolhido, é concluído a presunção de que melhor será o contínuador que privou dos interesses e da intimidade do autor. Finalmente é razoável também que o patrimônio se devolva à comunidade de que participou o extinto, através do Estado, pelo mesmo motivo.

Não é incompatível este entendimento com a velha teoria da vontade presumida do defunto (ou do testamento tácito), já sustentada

por Grócio e Puffendorf e mantida por Treillard e Portalis na fase da precodificação civil francesa (Cunha Gonçalves, *Tratado*, X, II, 1.520, p. 424). As diferentes destinações do patrimônio hereditário são, em princípio, alternativas, mas fundadas na mesma razão que é a do melhor continuador; dizer da vontade presumida do defunto é, no fundo, dizer a mesma coisa, de um ponto de vista mais individualista que social. Planiol e outros autores franceses não vêem fundamento único para as alternativas sucessórias, donde confrontaram-nas como critérios irreduzíveis (Planiol, *Traité*, III, 1700, p. 318).

4. Das três destinações que se oferecem à herança, impõe-se a primazia da primeira: da disposição de vontade do autor. Porque nela a vontade do disponente ingressa na continuação das relações do patrimônio. Deste modo a sucessão mais perfeita será esta porquanto o elemento subjetivo da transmissão não sofre solução. O próprio dualismo sucessório que hoje é regra nas legislações, é a melhor prova da precedência da sucessão testamentária, pois, se predominasse a legítima, e uma vez que nunca falta sucessor legítimo (compreendido o Estado), jamais haveria lugar para o testamento. Pais e cônjuge sucedem pois em caráter subsidiário: "Morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos", diz o Código (art. 1.573). Entre estes, a ordem de vocação é a da maior proximidade familiar; por último, o Estado. É dado de experiência que o Estado é sucessor menos diligente e menos interessado na sorte da herança, aquele que dificulta o movimento do patrimônio deixado, embaraça a satisfação dos credores, abandona o espólio, acarreta-lhe prejuízos negligentemente. Mas alguém, em última instância, tem de assumir o patrimônio hereditário. O Estado, não obstante, cumpre importante função sócio-política, ou deveria cumpri-la, na sua condição de arrecadador de tributos *causa mortis*. Aí, uma notável função pública da sucessão hereditária.

A doutrina atual que trata dos fundamentos da sucessão, fica entre a tese da liberdade de testar (ou do direito de propriedade), a da proteção da família, e a da sociedade (ou do Estado), procurando, no mais das vezes, compatibilizá-las entre si, a considerar que em cada uma existe parcela de verdade (v. Dieter Leopold, *Grundzüge des Erbrechts*, 3, pp. 16 e ss.); A. Mayrand, *Les successions ab intestat*, 8, p. 8, segundo quem "le droit d'héritité idéal est donc celui qui inspirerai à chacun le désir de travailler afin d'assurer à lui-même et à ses proches une aisance suffisante pour atteindre leur parfait développement, sans toutefois les détourner du travail et de la modération dans la jouissance de leurs biens"; o que serve para denotar o tom das incursões teóricas mais modernas.

5. Maior dificuldade teórica oferece a questão do fundamento da sucessão legítima, posto que os herdeiros necessários, sendo legítimos, discriminam-se no entanto, pelo direito a eles garantido de terem uma parte da herança, da qual não pode o testador dispor. Desde o direito romano, porém, a reserva de uma parcela da herança em favor de parentes mais próximos atuou como restrição à liberdade de testar. O problema está neste: Por que os parentes mais próximos têm este direito de adquirir bens uns dos outros, mesmo contra a vontade do dono? A proximidade do parentesco, com a vinculação jurídico-pessoal mais intensa que acarreta, terá per si só a força de originar uma espécie de direito natural? As idéias e as explicações são várias.

Autores empenhados na sustentação da primazia da sucessão legítima (e daí à legítima), invocam comumente razões de coesão ou solidariedade familiar. Messineo supõe que no fundamento da sucessão necessária está "o superior interesse da família" (*intuitus familiae*): o liame familiar tem reflexos mesmo depois da morte, como uma sorte de obrigação alimentar em senso lato, que persiste depois da morte (*Manuale*, VI, 189, p. 290). Gény, citado em Mazeaud: a herança é o "cimento econômico da família" (*Leçons*, IV, 662, p. 535). Domat, ibidem: a sucessão dos parentes "é uma seqüência da ligação estreita dessas pessoas e dos deveres mútuos que Deus forma entre elas". Os mesmos Mazeaud buscam nestas idéias argumento para explicar ou justificar a herança necessária, terminando por relegar a sucessão testamentária à condição de exceção hereditária: "As regras da sucessão intestada constituem, pois, o princípio da devolução hereditária; a sucessão testamentária não se admite senão como exceção sujeita a importantes restrições" (ibidem, v. pp. 534-535). E, por aí adiante, segue a doutrina que desanda para o campo da linguagem metafórica ou vaga, da apologia sentimental de fenômeno que não sabe explicar, dos recursos retóricos, dos apelos à moral ou mesmo da "fantasia biológico-jurídica" de que falou Cunha Gonçalves (a propósito da *Théorie biologique du droit de succession* de Lapouge, e de outros autores) (loc. cit.); frequentemente, e aí está a incoerência, não logra o árduo moralista da família esconder a mentalidade egoísta e simplesmente materialista que lhe vai atrás. Observe-se, no mais, que certos argumentos em favor da sucessão legítima são na verdade os argumentos da sucessão legítima comum, e como tais válidos; mas não explicam o direito dos herdeiros necessários, de terem parte indisponível pelo próprio testador. É o caso dos mesmos Mazeaud, cujo discurso serve, pelo menos em parte, para justificar a sucessão *ab intestato*. No plano do direito natural, tantas vezes invocado, não tem sustento razoável um direito exatamente *à legítima*. A doutrina clássica reconhece direito de sucessão, mas concebido como direito de entrar na *tradição*; i. é direito natural de receber e desfrutar cada um os bens e valores espirituais, intelectuais, vitais e também materiais e econômicos, resultantes do labor e do progresso da humanidade, e particularmente dos que estão mais próximos, bem como de transmitir cada um o que recebeu e

acrescentou, aos outros, especialmente aos que lhe são mais próximos e creditados para cumprir os deveres que a tradição lhes impõe. A medida de legitimidade desse direito é o bem da comunidade, inclusive o da comunidade familiar, mas nunca algum ditame que obrigue a dar respaldo a interesses apenas egoístas de um parente sucessível. Em outras palavras, é para o proveito comum que se olha. O direito natural de sucessão assenta na participação do produto histórico-cultural da espécie, a que tende todo homem enquanto entidade racional e, logo, ser dotado de memória da humanidade; v., a este propósito, G. Böhmer, *Erbrecht*, pp. 401 e ss. Conforme a Francisco Puy, a cuidar-se desta disciplina (direito de sucessão, direito à tradição), importa deixar estabelecido que "não é matéria estrita da ciência do direito natural decidir *quotas* de herança em favor de quem quer que seja: sociedade, Estado, instituições de beneficência, corpos intermédios ou familiares segundo o grau de parentesco com o autor de que se trate. Todos estes aspectos não são direitos naturais, porque não são matéria de lei natural, senão campo de conclusões e determinações sobre a mesma, feitas pelos legisladores humanos em preceitos positivos" (*Lecciones de derecho natural*, p. 445).

Certo é porém que a lei da reserva legitimária assume as proporções universais de um fenômeno histórico e, como tal, é merecedora da atenção e da análise dos juristas. Em culturas primitivas explica-se a espontaneidade da continuação familiar, dada a essência religiosa da herança e da própria família. Ainda após, compreende-se o voltar à tona aqui e ali antigo e latente sentimento de coesão familiar expresso na fórmula do *officium pietatis*, sem embargo da conversão da herança em fato patrimonial puro. O que não se tem evidenciado satisfatoriamente é a razão da persistência, mesmo do robustecimento e da expansão do instituto, hoje. Por onde restar o entendimento de que se trata de restrição à liberdade de testar, colocada por norma positiva fundada em causa indeterminada; pois não se depara uma faculdade *natural* ou algum direito de *heres sui* lançado à base do moderno direito do herdeiro necessário.

Obras citadas: Bevilacqua (Clóvis), *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, P. Azevedo, 11.ª ed., Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, 1958. Böhmer (G.), "Erbrecht", in *Die Grundrechte* (II), Dunker & Humblot, Berlim, 1954. Correia (Alexandre) e Sciascia (Gaeta), no *Manual de Direito romano*, Saraiva, São Paulo, 1953. Cunha Gonçalves (Luís da), *Tratado de Direito civil*, Max Limonad, 2.ª ed., São Paulo, s.d. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, Clássica, 10.ª ed., Lisboa, s.d. Galvão Telles (Inocêncio), *Direito das sucessões*, C.E.D.C., 2.ª ed., Lisboa, 1973. Gaudemet (Jean), *Institutions de l'antiquité*, Sirey, Paris, 1976. Kipp (Theodor), "Erbrecht. Ein Lehrbuch", no *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* de Enneccerus. Kipp e Wolff, ed. de Helmut Coing, Mohr, Tübinga, 1953. Leopold (Dieter), *Grundzüge des Erbrechts*, Mohr, Tübinga, 1974. Limongi França

(Rubens), *Manual de Direito Civil*, RT, São Paulo, 1973. Mayrand (Albert), *Les successions ab intestat*, no *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Université de Montreal, Montreal, 1971. Mazeaud (Henri, Léon, Jean), *Leçons de Droit Civil*, Montchrestien, Paris, 1963. Messineo (Francesco), *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, 9.ª ed., Milão, 1962. Plantol (Marcel), *Traité Élémentaire de Droit Civil*, L.G.D.J., 4.ª ed., Paris, 1908. Puy (Francisco), *Lecciones de derecho natural*, Porto y Cia., 2.ª ed., Santiago de Compostela, 1970. Radbruch (Gustav), *Filosofia do Direito*, Arménio Amado, 4.ª ed., Coimbra, 1961.

direitos e deveres recíprocos os membros da família. Subtipo de obrigação, pois que também adstringe os sujeitos a prestarem alguma coisa, distingue-se porém deste gênero por não lhe ser essencial o conteúdo econômico da prestação. E há enfim a relação de direito de personalidade que objetiva bens integrantes da individualidade humana; subtipo, esta, de relação real que se distingue igualmente por não versar coisas do patrimônio.

Não tem entretanto natureza própria o direito das sucessões. Esta observação é importante aqui dada a diretriz que nos vem norteando no estudo do direito civil: o elemento de raiz *relação jurídica*. Ora, cumpre anotar desde logo que a sucessão em si mesma não é uma relação jurídica como se diz muitas vezes. Pois não se trava entre sucessor e sucedido nenhum liame de direitos e deveres; não há o contato dos sujeitos. E o que se estabelece entre um sucessor e outros, e terceiros, não é obviamente relação sucessória. A sucessão é tão-somente o *movimento* de uma relação jurídica, operado pela substituição de um sujeito que morre por outro ou outros sujeitos que lhe ocupam o lugar no patrimônio deixado. O direito das sucessões ocupa-se desse momento, deitando as regras que disciplinam quer a capacidade, o direito, a responsabilidade, o procedimento de quem adquire, quer o ato de quem dispõe de última vontade, quer enfim a peculiar situação dos novos titulares do patrimônio entre si e perante terceiros. A relação jurídica em que ingressa o sucessor, e que, portanto, passa a ser regulada pelas normas do direito sucessório, é indiferentemente real ou obrigacional. Herdeiro e legatário assumem o posto de titular do domínio ou de algum outro direito real ou de obrigação, ou a posição de devedor. A sucessão legítima por sua vez aproveita-se do esquema de organização parental do direito da família, o que entretanto não significa seja ela um prosseguimento ou uma extensão do direito de família. Pois de rigor o direito à herança de um parente não é conteúdo de algum vínculo com o *de cuius*. Não obstante, de certo modo também em direitos de família pode alguém suceder. Assim é que o descendente de filho ilegítimo sucede na ação proposta para investigar paternidade; e ao filho ilegítimo cabe a mesma ação contra o herdeiro do pai. O que representa uma continuação em sucessor de direito de família puro, com as implicações jurídicas, de direitos e obrigações, que tal vínculo produz. O direito da família está cheio de exemplos notórios de verdadeira sucessão por causa de morte em relações jurídicas propriamente familiares. As legislações ostentam enfim

Capítulo 2

O DIREITO DAS SUCESSÕES

I — Caracterização

A ordem normativa que rege a transmissão de bens *causa mortis* constitui o direito das sucessões. Uma visão de conjunto sobre o direito das sucessões como reunião de normas e relações jurídicas não dispensa o exame de dois aspectos fundamentais: o da sua *caracterização* e o da sua *estrutura*. Caracterização como parte do direito civil, e estrutura das suas disciplinas. Quanto ao primeiro aspecto, dois temas se impõem como dados de caracterização: o da *natureza* do direito sucessório e o da sua *autonomia*.

a) *A questão da natureza*. Diversamente do que acontece com o direito das obrigações ou com o direito das coisas, o direito das sucessões não tem uma natureza estruturalmente simples.

O direito das obrigações se desenvolve em torno de uma relação jurídica típica e única que é a relação obrigacional, nitidamente caracterizada pelo objeto *prestação* e pela correlação *débito-crédito*, de base pessoal. De modo que o direito das obrigações se apresenta, todo ele, com uma estrutura compacta e homogênea fundada que é sobre sustentáculo único. O mesmo se diga do direito das coisas que assenta sua ordem na relação real igualmente bem definida pelo objeto *coisa* e pela oponibilidade *erga omnes* do direito subjetivo.

O direito da família, por seu turno, tal como vem organizado na lei positiva, não é de conteúdo simples posto reúna regimes ordinários de propriedade e de contratos. Mas há no direito da família o que seja próprio. Na base da sua ordem está a relação jurídica inconfundível que vincula entre si por

curiosos casos de sucessão em matéria de direito da personalidade: em direito ao próprio corpo, por exemplo, ou em direito à imagem, direito de autor, etc. Destes assuntos volta-se a tratar oportunamente, no capítulo sobre o objeto da sucessão.

O que mais importa depois destas observações é notar que de fato o direito das sucessões não assenta em algum tipo de relação marcada de natureza jurídica distinta das demais. De um modo ou de outro trata de todas elas, é um composto dos outros direitos, o que determina a mais importante das suas características enquanto parte do direito civil: é um direito *complexo*.

Teixeira de Freitas incluiu, na *Consolidação das Leis Civis*, o direito das sucessões entre as matérias dos direitos reais sob o título *Da herança*. Os outros títulos: do domínio, da servidão, da hipoteca e da prescrição aquisitiva. Mas explica (e essa explicação é que interessa para ilustrar a nossa análise da natureza do direito sucessório): "Esta distribuição de matérias não é a que nosso espírito indica como mais perfeita. Nós a melhoráramos, se na empresa de uma legislação nova tivéssemos de escolher matérias à vontade. O *direito de herança* não é direito real, é um dos direitos absolutos. A *herança* é continuação do *domínio* e *direitos reais* do morto, que transmitem-se para seu herdeiro ou herdeiros. A *herança* é um patrimônio, uma universalidade, é a propriedade em complexo ideal; contendo, não só os *direitos reais*, como os *direitos pessoais*, ativa e passivamente; e desta maneira ela resolve-se em quantidade pura, que pode ser negativa, ou igual a zero. A *herança*, portanto, tem a natureza comum, que a faz entrar nas duas espécies de direitos" (*Consolidação*, Introdução, p. LXXXIII). Pouco mais adiante o jurista diz qual, exatamente, o sistema que entende ser o mais correto: "Este resultado, a que chegamos com a rigorosa demarcação das duas classes de direitos, convenceu-nos da necessidade de um 3.º Livro, que, contendo as disposições comuns aos *direitos reais* e aos *direitos pessoais*, se dividisse em três Títulos, o 1.º para a *herança*, o 2.º para o *concurso de credores*, o 3.º para a *prescrição*" (idem, p. LXXXV). O *Esboço*, ao que tudo indica, cumpriria o intento de dedicar um livro aos direitos a um tempo reais e pessoais se tivesse chegado (*direitos reais sobre coisas alheias*). O Código Civil argentino, de clara estrutura freitiana, dispensa seu último livro às disposições comuns a direitos reais e pessoais.

b) *A questão da autonomia*. Seguindo por essa linha de pensamento, não parece razoável supor que o direito das sucessões tenha verdadeira autonomia. Pois se na base desse complexo de regras e princípios não há direito distinto nem relação jurídica dotada de natureza própria a sustentar-lhe a coesão e a identificar o sistema, de certo que não há falar de autonomia jurídica do conjunto desde um ponto de vista científico. O que

existe é uma construção tecnicamente elaborada a qual, por mais coerente que seja, vai pelas ramas e cria independência artificial. Do modo como se constrói o direito das sucessões, por-de-se, por exemplo, reunir num só corpo as regras de direito real, obrigacional e público concernentes aos bens imóveis, e construir um direito imobiliário, seguramente mais extenso do que o direito hereditário. E assim com tantos outros temas capazes de atrair notável quantidade de ordenamento legal. Não se vê porém como reconhecer nessas composições heterogêneas sólida autonomia jurídica.

O uso de consagrar uma das partes fundamentais dos códigos civis ao direito das sucessões firmou-se depois da promulgação do Código Civil alemão, cujos elaboradores atenderam às idéias de autonomia do direito hereditário dos pandectistas. Mas nenhum dos códigos civis que, como nota Dernburg, influíram na construção do BGB como seus precursores imediatos (o prussiano, o francês, o austríaco e o saxão), erigiu o direito das sucessões em livro ou parte fundamental do sistema, se bem que os códigos austríaco (1811) e saxão (1863) tivessem destinado à herança partes especiais destacadas (*Deutsches Erbrecht*, § 3, pp. 6-8). O ABGB austríaco pode ter sido o código que maior influência exerceu para pôr relevo no direito sucessório dentro do quadro do direito civil. Não reservou às sucessões uma de suas partes nem mesmo alguma divisão importante de qualquer das partes; mas dos 14 capítulos que formam o título (*Abteilung*) dos direitos reais, ocupou a metade com a sucessão hereditária, imprimindo-lhe como observa Dernburg um tratamento mais minucioso do que o dos outros temas jurídicos (*ibidem*). Conforme se vê no apanhado do comparatista suíço Roguin (*Les successions*, 33-37, pp. 24-25), seguiram aproximadamente o modelo austríaco, situando as sucessões entre os direitos reais ou das coisas, o código holandês e os dos cantões de Berna e de Lucerna. O código do cantão de Soleure introduziu o direito sucessório no direito da família e o Código Civil chileno, o que mais avançou no assunto no século XIX, guardou, dos seus quatro livros, um para as sucessões) e doações. Quanto ao sistema do Código Civil argentino, já se fez menção na nota anterior. Demais, na Europa, imperou o modelo francês onde a disciplina hereditária constituiu modestamente um dos modos de adquirir propriedade, conquanto seja numeroso o regime normativo. Códigos que o imitaram ou simplesmente o seguiram foram, entre outros, o italiano, o espanhol, o da Sardenha, o das Duas Sicílias, o de Baden, o da Luisiana, os dos cantões de Friburgo e Vaud, diversos códigos latino-americanos. O Código Civil português de 1867 tem uma divisão surpreendentemente original. Mas no que toca à posição do direito hereditário guarda também certa semelhança com o modelo francês pois que introduz as sucessões como um dos títulos do Livro III (sobre os direitos que se adquirem por meio de fato de outrem e os que se adquirem por simples disposição da lei) da Parte II do Código a qual trata da aquisição dos direitos. Antes da era das codificações do início do século XIX vigorou, em matéria de divisão do direito, o enunciado do Digesto que diz: "Omne ius quo utimur

vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones" (D. 1, 5, 1) *Pessoas, coisas, ações*. Esta ordem foi cultivada e mantida como coisa autônoma. Dentro de tal classificação o direito hereditário não tem que dos seus 50 livros dedica uma meia dúzia à matéria sucessória, as Institutas, que pretenderam ser um livro sistemático e didático, trataram do testamento na parte final do Livro II (sobre as coisas) e da sucessão *ab intestato* na parte inicial do Livro III (sobre as obrigações). De todo exposto pode-se concluir no mínimo que a autonomia do direito das sucessões não tem raízes sólidas no consenso histórico da jurisprudência. Por certo não é em raízes históricas que os partidários da autonomia sucessória fundamentam a sua teoria, mas numa nova concepção das coisas. Sem embargo continuam a aparecer hoje excelentes exposições do direito civil que obtêm fazê-lo sem necessidade de erigir as sucessões em parte primária ou autónoma da disciplina. A meu ver o motivo mais importante da posição especial das sucessões no Código Civil alemão e nos que lhe seguiram o exemplo, é fundado numa razão didática; e Roguin, já citado, soube justificá-lo singelamente: "Não hesitaríamos um segundo, diz, se tivéssemos de fazer um código, em colocar o direito de sucessão no fim dessa obra. Com efeito, a devolução hereditária é de direitos reais e de obrigação; supõe que já seja conhecida a regulamentação desses diferentes direitos, a da filiação, a das relações familiares, etc. Depois, como a transmissão sucessória dos bens de toda espécie ocorre mais frequentemente a título universal, quer dizer: toca à fortuna inteira do *de cuius* — subentende uma teoria do patrimônio; dos direitos dos credores sobre ele, etc." (op. cit., 38, p. 26). Eis o que explica a dita autonomia. Pois se o trato das matérias sucessórias e o seu entendimento pressupõe o conhecimento dos demais direitos, e se por isso convém juntá-las todas no fim do tratado — didático é o móvel da autonomia e não científico, já que neste último plano não pode haver a preocupação de aprendizado de matérias anteriores. Uma explicação muito mais profunda do que as que se vêem ordinariamente é dada por Galvão Telles — sem que, não obstante, seus argumentos logrem convencer-nos. Para este eminente juriconsulto a posição do direito sucessório tem a ver com a própria ideologia do novo Código lusitano, inspirado numa índole social ou coletiva em contraposição com a concepção individualista do Código anterior. O homem jurídico passa então a ser visto como sujeito integrado em grupos e comunidades. Como tem de cooperar com os outros, contrai vínculos jurídicos que são regulados pelo direito das obrigações. Como necessita dos bens do mundo exterior, adquire-os e conserva-os segundo as garantias dos direitos reais. "Entre os agrupamentos, prossegue, de que o indivíduo faz parte avulta na esfera privada a família, fonte de vínculos peculiares, a que aparecem aliás subordinadas relações patrimoniais de conteúdo obrigacional ou real. Finalmente o indivíduo morre e põe-se o problema da sua projeção além-túmulo através do destino a dar ao seu patrimônio e até a alguns dos seus direitos e obrigações pessoais que lhe sobreviverem, desenhando-se o fenómeno sucessório. Compreende-se pois que, após uma parte inicial ou geral, se autonomizem o direito das obrigações, o direito das coisas, o direito da família, o direito das sucessões. E o que faz o código vigente" (*Direito das Sucessões*, 60, pp. 265-266). É uma expressiva visão de coerência da ordem do Código. Mas como já disse a lição não

convença. Não vejo nenhuma ligação entre a inspiração social da codificação e a autonomia do direito das sucessões, nem entre esta e o arranjo geral das partes fundamentais do Código.

Questão bem diferente dessa é a da conveniência de o direito das sucessões ser ensinado como disciplina distinta em vez de inserido nas partes autónomas do direito civil, notadamente no direito da família e das coisas como se faz em outras partes. É a questão da autonomia didática. O tratamento didático independente do direito hereditário está consagrado na nossa Universidade e boas razões concorrem para isso. Não se trata apenas da extensão quantitativa da disciplina, do número de normas e institutos peculiares a exigir o cumprimento de largo programa no currículo escolar. Há a considerar de um lado a importância da matéria no plano da prática profissional e de outro o fato de o estudo conjunto da sucessão hereditária requerer prévio conhecimento das obrigações, dos direitos reais e de família, uma vez que são as instituições e princípios desses ramos jurídicos que fornecem matéria-prima para o sistema sucessório. O referido pressuposto do anterior conhecimento dos outros direitos determina, enfim, e via de consequência, a localização do direito das sucessões como disciplina de encerramento do direito civil.

Atende pois, sem dúvida, a uma razão de conveniência didática, agrupar numa só disciplina jurídica as matérias sucessórias que compõem o objeto do nosso estudo.

A questão do nome

A denominação *direito das sucessões* é a que se usa comumente nos países de língua latina. Nos direitos germânicos a denominação usual é *Erbrecht* que, literalmente, é *direito de herança*. Nos livros do *Corpus iuris* se diz de *hereditate* ou de *successione*, no singular ou no plural. No Código dos visigodos o título é de *successionibus*. Teixeira de Freitas usou o nome *direito de herança* (v. nota supra). Limongi França alinha estes nomes: *direito de herança, direito hereditário, direito das sucessões, direito das sucessões causa mortis*. Registra que a locução mais difundida é *direito das sucessões* mas critica-a por equivoque já que a sucessão pode não ser hereditária. Prefere, enfim, a denominação *direito das heranças* (*Manual*, II, II, p. 7).

II — Estrutura

Conforme já foi dito na lição introdutória a distinção que se faz entre sucessão legítima e testamentária é o dado que

dômina todo o direito das sucessões, quer na sua evolução histórica, quer na sua estrutura e nas suas divisões internas.

Sucessão legítima e sucessão testamentária são os aspectos da transmissão hereditária a que correspondem as duas divisões cardeais do direito sucessório, determinando ao mesmo tempo a formação de uma terceira grande divisão que é a da disciplina comum àquelas duas.

Podem dizer-se que nessa tripartição cabe todo o direito das sucessões. Alguns códigos civis, como o português e o suíço, assim distribuem as suas regras com pequenas variantes. No suíço uma parte é dedicada à sucessão legítima e testamentária, e outra à disciplina comum com normas sobre a abertura, administração e partilha da herança. No português a importância votada à sucessão legítima se evidencia no pequeno título que a põe em destaque. No nosso código a disciplina comum é repartida em dois: numa dessas partes se cuida da abertura da sucessão e seus efeitos imediatos inclusive os preceitos comuns de capacidade; noutra regula-se a administração da herança (inventário) até a partilha. Mas ambas as repartições se separaram operando a primeira como disciplina de introdução (Da sucessão em geral) e remetendo-se a segunda ao fim do livro (Do inventário e partilha). Entre uma e outra, os temas capitais do direito hereditário (Da sucessão legítima — Da sucessão testamentária).

Na exposição deste curso seguimos a ordem do Código no que respeita às grandes divisões. Também aqui parece da maior conveniência prática e didática separar em duas partes o regime sucessório *comum*, remetendo para final o exame do inventário e da partilha mesmo porque se trata de institutos os quais se realizam destacadamente no âmbito judiciário a rematar cronologicamente o processo sucessório. Daí a exposição da nossa disciplina em quatro partes com as subdivisões que agora passamos a apontar:

a) *Elementos da sucessão*. Antes de ingressar no exame das duas espécies sucessórias cumpre analisar os elementos que constituem a transmissão por morte em si mesma (o fato sucessório, os sujeitos e o objeto da sucessão) e bem assim as regras a eles concernentes.

1. O fato sucessório. A *abertura da sucessão* é o ponto de partida de todo fenômeno hereditário. É tema de importância fundamental para a compreensão de todo direito das sucessões

e por isso mesmo poucas matérias deste ramo jurídico têm merecido investigações mais exaustivas do que esta. A abertura da sucessão importa em *delação* ou devolução da herança à qual corresponde, subjetivamente, a *acquisição* do espólio pelos sucessores. *Aceitação, renúncia e cessão* da herança são assuntos que sobrelevam no estudo deste ponto.

2. O objeto da sucessão. Segue outro tema fundamental, qual seja o da conceituação da *herança* e do *legado*, suas distinções e, particularmente, o exame da *herança jacente*. A herança jacente (onde não aparecem herdeiros) conduz de ordinário à sucessão do Estado. Mas o processo de jacência é para manter aberta a sucessão por certo tempo, tanto para eventuais herdeiros legítimos como para testamentários. De modo que o regime é comum a qualquer sorte de sucessão.

3. Os sujeitos da sucessão. O autor sucedido de um lado, o sucessível de outro, são os sujeitos que entram no regime sucessório. As diferentes categorias de sucessores, a disciplina da sua *capacidade*, a questão da exclusão do herdeiro por *indignidade* e, afinal, a ação de *petição de herança* (que é ação de qualidade de herdeiro), são os títulos que resumem o estudo dos sujeitos.

b) *Sucessão legítima*. Já foi dito que pelo critério teórico e também legal a sucessão legítima ocupa uma posição secundária diante da testamentária. Conquanto a exigua disciplina legislativa continue a refletir essa situação da sucessão legítima, a verdade é que sua importância prática supera hoje de muito a sucessão testamentária que cada vez mais se desusa. Apenas 23 artigos do Código são dedicados ao regime sucessório legal.

1. Sucessão legítima em geral. A análise deste capítulo gira sempre em torno da distinção entre a sucessão *legítima stricto sensu* e a *legitimária* que é a que se defere a descendentes e ascendentes. Cumpre de início traçar as diferenças conceituais mais acentuadas tanto no que se refere ao objeto dessa espécie de transmissão como no que toca aos sujeitos: distinguir precisamente a *legítima* da parte disponível, o que nesta compete à herança legal e à testamentária, os herdeiros *necessários* ou legítimos e os *facultativos*, traçando enfim o quadro geral da *ordem da vocação hereditária* e dos *modos de suceder* — eis a tarefa desta parte introdutória.

2. A vocação hereditária. Na segunda cumpre examinar destacadamente a transmissão legítima e a legítima. As *ordens*, *classes* e *graus* dos sucessíveis repousam na organização parental do direito da família. As questões da qualificação dos herdeiros, dos modos de deferir e partilhar a herança, das prioridades, das concorrências, dos direitos específicos dos sucessores e correspondente natureza, das suas responsabilidades — são, em resumo, os assuntos disciplinados nesta parte central da exposição sobre a sucessão *ab intestato*.

3. Institutos especiais. Em terceiro lugar, dois institutos especiais da sucessão legítima: o do *direito de representação* (aparato técnico-jurídico de vocação indireta de herdeiro pré-morto ou indigno) e o da *deserdção*.

O Código Civil trata da deserdação e da herança legítima no título da sucessão testamentária. Da deserdação porque é por testamento que o *de cuius* a ordena. Mas a deserdação interessa diretamente aos herdeiros necessários já que atua como restrição ao direito à legítima; e o fato desta restrição ter origem voluntária não parece justificar o tratamento do instituto no plano da sucessão testamentária. Quanto à inclusão das regras de sucessão legítima no regime do testamento, a razão é análoga mas em sentido inverso pois que, aqui, é a liberdade de testar que sofre a restrição da indisponibilidade da legítima. O importante porém é que tanto num caso como noutro a substância da disciplina jurídica é endereçada aos herdeiros legítimos. Mais apropriado, portanto, o sítio da sucessão legítima para versar ambas as instituições.

c) *Sucessão testamentária*. As regras da sucessão testamentária ocupam mais da metade do livro das sucessões no Código Civil: 144 artigos dos 234 que formam o Livro IV. Para examinar essa matéria dividimo-la em duas partes principais: uma onde se estuda o ato testamentário em si, outra onde se consideram os efeitos do ato testamentário, os direitos e obrigações dele consequentes. Junta-se uma parte introdutória.

1. A sucessão testamentária em geral. As definições, caracteres e estrutura do testamento e da transmissão voluntária se destina este capítulo. A sucessão contratual (a qual faz parte deste género sucessório ao lado da testamentária) não se acolhe em nosso direito. E o que dela cumpria falar já foi considerado no capítulo inicial.

2. O ato jurídico testamentário. O testamento é um negócio jurídico unilateral. Indaga-se primeiro do sujeito do testamento (o *testador*) e da sua capacidade; depois das formas desse ato, testamentos ordinários (*público, cerrado e particular*), especiais (*marítimo militar, codicilos*), e das questões relativas à sua validade. Em seguida do conteúdo do testamento, seja, da declaração de vontade que ele inclui; são as *disposições testamentárias: nomeações, cláusulas, legados*. Finalmente o capítulo da *revogação* do testamento.

3. Efeitos do ato testamentário. Efeitos gerais e especiais resultam do negócio testamentário. Em geral o testamento faz nascer direitos e obrigações para o herdeiro ou legatário capacitado para suceder. Cabe então responder a questões relativas aos requisitos pessoais de capacidade e legitimação do sucessor e das condições jurídicas em que sucede e passa a exercer seus direitos e deveres. Efeitos especiais a certos bens e certas pessoas e certas situações são os que concernem aos relevantes capítulos do *direito de acrescer*, das *reduções testamentárias*, das *substituições* notadamente o *fideicomisso*, dos efeitos e da caducidade dos legados, e do *testamenteiro*.

d) *Inventário e partilha*. Até o momento da partilha os bens hereditários não perdem o seu caráter de universalidade indivisa. Não podem, como tal, ser abandonados; impõe-se sejam enumerados, ordenados, liquidados e a final partilhados. E enquanto isso, administrados. Todo este processo se realiza mediante a técnica do inventário e da partilha que lhe põe fim. Inventário e partilha distinguem-se tanto material como processualmente como procedimentos de administração e de divisão respectivamente.

1. O inventário. No processo do inventário releva a figura do inventariante, representante legal do espólio, administrador da herança, promotor dos atos judiciários. A lei civil destaca três institutos especiais: *Colação* é a conferência de doações e dotes entre os herdeiros descendentes para igualar as legítimas. No curso do inventário, no prazo para falar depois das primeiras declarações, os descendentes são obrigados a conferir por termo nos autos os bens recebidos. *Pagamento das dívidas*: O espólio responde pelas dívidas deixadas pelo falecido; cada herdeiro responde na proporção de seu quinhão. O momento procedimental do pagamento das dívidas é qualquer um antes

da partilha. *Sonegados*: O herdeiro é obrigado a descrever os bens da herança que tem consigo e a trazê-los à colação se for o caso. Aquele que sonegar perde, em regra, o direito que sobre tais bens lhe caberia. A pena de sonegados se pleiteia em ação ordinária.

2. A partilha. Quanto à partilha, além do estudo do conceito, das espécies, do procedimento, dos efeitos e de regras específicas, importa examinar alguns temas: o da *sobrepartilha*, o da *garantia dos quinhões hereditários*, da *nullidade da partilha*, da *partilha em vida*.

Obras citadas: Dernburg (Heinrich), *Deutsches Erbrecht*, apud Weisenhaus, Halle a. d. S., 1911. Galvão Telles (Inocência), *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 2.ª ed., C. E. D. C., Lisboa, 1973. Limongi França (Rubens), *Manual de Direito Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969-1973; Roguin (Ernest), *Les Successions*, in *Traité de Droit Civil Comparé*, III, L. G. D. J., Paris, 1908. Teixeira de Freitas (Augusto), *Consolidação das Leis Civis*, 5.ª ed., Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1915.

Capítulo 3

ABERTURA DA SUCESSÃO

I — Noção de abertura da sucessão

Passemos ao exame dos *elementos* que sustentam de modo mais geral a estrutura sucessória. O próprio fato da sucessão, enquanto continuação nos sucessores das relações jurídicas que compõem o patrimônio do *de cuius*, é o primeiro deles e representa a essência de toda disciplina jurídica da transmissão por morte. Seguem o objeto e os sujeitos.

a) *O fato sucessório e suas etapas*. Estabelece o art. 1.572 do CC: "Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". O art. 1.692, paralelamente, dispõe que "desde o dia da morte do testador pertence ao legatário a coisa legada, com os frutos que produzir". Está nisso, nesse fenômeno desenhado pelo morte de uma pessoa, no sucesso instantâneo mas complexo e auto-realizável da passagem de um inteiro patrimônio do morto para herdeiros e legatários, o *fato ou fenômeno sucessório* em si.

Pelo teor da lei, o que primeiro ressalta nesse fato é que a substituição do sucedido pelo sucessor na titularidade do patrimônio que se transmite, opera de imediato, apenas verificado o fato jurídico morte, *gerador* da sucessão. Nessa imediação, porém, logra a análise jurídica discernir etapas consecutivas. Trata-se de uma consecutividade lógica e não necessariamente cronológica; mas nem por isso artificial, visto que ditas etapas pressupõem uma a outra e têm cada qual suas próprias consequências. A primeira é a *abertura da sucessão*. Seguem-se a *delação* e a *aquisição* da herança. Abrir-se a sucessão é começar o fato sucessório. Aberta, a sucessão se *defere*, apresentando-se

ou oferecendo-se a quem quer que a ela tenha direito; e isto é delação, também denominada *devolução*. Deferida, a deixa passa logo à titularidade dos herdeiros e legatários que a adquiriram; é a aquisição da herança. Óbvio pois que entre as três etapas corre um nexo de sucessiva pressuposição que as distingue logicamente, muito embora tudo aconteça num só momento cronológico.

"Em sentido restrito, conceitua Galvão Telles, a expressão "fenômeno sucessório" significa o mesmo que sucessão ou transmissão" (*Teoria geral do fenômeno jurídico sucessório*, 19, p. 28). "Em sentido amplo o fenômeno sucessório compreende tanto a sucessão ou transmissão (e ainda certos fenômenos afins) como a constituição de uma relação jurídica provisória e instrumental, a relação jurídica sucessória, que tem por objeto o direito de aceitar ou, o que é o mesmo, de suceder (*ius delationis, facultas adquirendi*)" (*ibidem*). Sucessão ou transmissão, por sua vez, é para Galvão Telles "a perda ou liberação relativa associada a correspondente aquisição ou vinculação derivada". "Quando alguém adquire um poder jurídico que outrem perdeu ou se torna sujeito de um dever jurídico de que outrem se exonerou, e aquela aquisição ou esta vinculação tem caráter derivado (nos termos expostos), diz-se que o primeiro *sucedeu* na relação jurídica, pelo lado ativo ou passivo, ou que a relação jurídica *se transmitiu*" (17, p. 20). A sucessão pode ser perfeita ou imperfeita. O que caracteriza a sucessão perfeita é a "integral identidade de posição jurídica entre o autor da sucessão e o sucessor". Na sucessão imperfeita o título da relação é acrescido ou substituído pelo título que determina a transmissão. Sucessão perfeita só há na transmissão por morte, tanto universal quanto singular (18, p. 22). Ora, o fenômeno sucessório *stricto sensu* abrange dois momentos apenas: a *abertura* e a *aquisição*. O mesmo fenômeno *lato sensu* abrange mais um momento intermediário onde se constitui o que o jurista chama de relação jurídica sucessória: a *devolução* (19, p. 29).

Cumpra daqui para diante considerar cada uma das etapas, a conceituá-las mais detidamente e a isolá-lhes os dados distintivos.

b) *Abertura da sucessão*. Para chegar-se a uma noção mais expressiva da abertura da sucessão, não basta conceituá-la. Aproveita também considerar a matéria que lhe dá conteúdo.

1. Conceituação funcional e objetiva. Como fase da ordem lógica do fato hereditário, a abertura da sucessão significa um início ou *ponto de partida*, e um *antecedente* necessário da delação (conceito funcional). Pois, para que a sucessão seja deferida, é necessário que a herança já tenha aparecido e que o movimento da transmissão já exista.

Por isso mesmo a abertura da sucessão é mais do que uma etapa de ordem e do que um antecedente da devolução. Tem de ser encarada também sob um aspecto objetivo, como subfenômeno dotado de alguma consistência própria. De fato no momento da morte do autor da herança surge um fenômeno jurídico novo: o *nascimento* do plano sucessório (conceito objetivo).

2. Conteúdo material. Este nascimento do plano sucessório que é a própria abertura da sucessão, fixa-se no tempo, estabelece-se no espaço e, como tal, implica certas modificações no mundo do direito e produz certos efeitos. Importa numa modificação objetiva porquanto é com o abrir-se a sucessão que o patrimônio pessoal se transforma em herança (tomado este termo aqui na sua acepção mais larga); e ainda numa modificação pessoal porque é no comenos da abertura que aparecem as qualidades de herdeiro e legatário em pessoas que antes não as tinham de direito. No tempo a abertura da sucessão se fixa para determinar a capacidade de suceder (arts. 1.577, 1.717) e a lei que rege a sucessão (*Lei de Introdução*, arts. 6.º e 10.º) e para marcar o termo *a quo* de certos prazos do processo sucessório (arts. 1.584, 1.594, 1.770, etc.; v. CPC, art. 983). No espaço, fixa-se pelo critério do último domicílio para determinar o foro do inventário e, enfim, o foro da sucessão (art. 1.578; CPC, arts. 96, 1.142, etc.). Além disso diz-se que a abertura da sucessão dá lugar ao nascimento do direito de herdar facultando de pronto a propositura de medidas acautelatórias. A asserção é equívoca e dela voltamos a tratar no exame da delação.

Tais considerações põem em evidência a importância da exata determinação do momento e do lugar da abertura, tanto para a complementação da sua noção como para o trato do direito das sucessões em geral.

II — Tempo da abertura da sucessão

A sucessão se abre no momento da morte do transmitente. Comporta, este princípio, o entendimento de que a abertura se dá no instante que segue imediatamente a morte do sujeito transmitente. Para a ordem jurídica porém a morte pode ser presumida, além de real. Num e noutro caso o momento da morte é objeto de prova. E a prova que pode acarretar dificuldades é a da morte real. Ligado a estas dificuldades está

enfim o problema dos comorientes. Este, em resumo, o assunto deste parágrafo.

a) *A morte real e sua prova.* Pertence à parte geral do Direito Civil o estudo da morte como fim da pessoa natural. Mas não há dúvida de que o assunto interessa particularmente à disciplina sucessória; mais diretamente, talvez, do que às outras partes do Direito. Por isso assinalamos aqui alguns dos pontos dessa matéria, notadamente no que se refere à determinação do momento da morte e à correspondente prova, revestida muitas vezes de singular importância.

Para o Direito, que conhece modalidade de morte *facta* e *presumida* além da *real*, importa levar em conta que o instante desta última corresponde ao momento da extinção da vida física de um sujeito. O interesse pela adoção de um critério de fixação desse momento reflete, antes de tudo, a necessidade de se estabelecer certeza jurídica sobre os fatos relevantes no plano do direito. Ora, não é no interior da ciência do Direito que se elabora este critério, a não ser em caráter subsidiário. Aceitam-se das ciências biomédicas os subsídios da cronotanatognose. O critério médico de determinação do momento da morte é o da paralisação definitiva do coração, o que parece simples. Como, porém, na prática, a verificação do evento se faz *a posteriori*, implicando conhecimentos e técnicas complexas e avessas às matérias do Direito, limita-se de ordinário o trato jurídico a deixar à tarefa do perito apurar a ocorrência e o tempo da morte e, a final, atestá-la.

Conforme advertem Almeida Júnior e Costa Júnior (*Lições de Medicina Legal*, pp. 246 e ss.) "a morte não é fato instantâneo: é, antes, um processo mais ou menos demorado, em que os órgãos e tecidos vão cessando gradativamente de viver. Praticamente, e não sem motivo, considera-se que o seu momento culminante é o da parada do coração". Sendo assim, "indagar sobre qual o momento da morte equivale a esta pergunta: quando parou definitivamente o coração?" Os sinais indicados para o diagnóstico nas primeiras 30 horas baseiam-se na temperatura do cadáver, na rigidez, nos lívres ou manchas hipostáticas, na mancha verde abdominal. Depois do primeiro dia os sinais diretrizes são o desaparecimento da rigidez, a putrefação, a fauna cadavérica, a mumificação e a saponificação.

Nem sempre porém a morte é medicamente averiguada e nem sempre é suscetível de investigação pericial; e sem embargo pode haver circunstâncias que conduzam à certeza da ocor-

rência. Tem então a ordem jurídica de socorrer-se de outros expedientes de convicção. Aqui entra o interesse mais direto do Direito pela matéria de fato que envolve o óbito. E daí deriva a distinção das formas de constituição da prova da morte em dois tipos: a *direta* (decorrente da atestação médica), a *indireta* (decorrente de instrução judiciária).

A lição é de Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*, II, 109, pp. 233-234), que reprende o emprego do termo *morte presumida* que algumas leis aplicam ao caso de constituição de prova indireta da morte quando dela há certeza. E a reprimenda vem a propósito porque *presumida* é a morte do ausente. Quando há certeza da morte física, mesmo que o corpo não venha a ser encontrado ou não possa ser identificado, é porque circunstâncias tais envolvem o evento que não podem deixar dúvida da extinção real da pessoa. E o caso *v. g.*, de pessoa desaparecida em incêndio ou naufrágio, comprovada a circunstância de que ficou no interior do edifício consumido ou da embarcação afundada, sem que num caso e noutro se lograsse encontrar ou identificar o seu cadáver. Não se presume tal morte. A constituição da prova é que segue via indireta. "Teria sido mais acertado, remata o juriconsulto, falar-se, nesses diplomas legais em *prova indireta da morte* do que, como se fez, em *morte presumida*; é ao intérprete, pois, que compete corrigir esse defeito, dando à lei o seu verdadeiro sentido".

A morte se prova mediante certidão do registro público dos óbitos. O assento é lavrado à vista do atestado médico. A Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31.12.73) admite no seu art. 77 que, não havendo médico no lugar, se lavre o registro por atestado "de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte". Trata-se, como é visto, de procedimento excepcional. O assento deve conter, entre outros requisitos, "a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento" (art. 80, 1.º). Constitui-se assim a prova *direta* do óbito.

Preterido o método legal ou tomado impossível pelas circunstâncias, constitui-se em juízo prova *indireta* do óbito através dos meios probatórios admissíveis (CC, art. 136). Especializando alguns casos o art. 88 da Lei dos Registros Públicos dispõe que os juízes togados poderão admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. E também no caso de desaparecimento em campanha. O art. 81 regula o assento de óbito de finado desconhecido; o art. 83, o assento posterior ao enterro; o art. 84, óbitos ocorridos a bordo de navio; o art. 85,

óbitos em campanha; o art. 87, óbitos em hospitais, prisões e outros estabelecimentos públicos.

O Decreto-lei n. 3.577 de 1.9.41 dispõe sobre a morte presumida de tripulantes de navios e aeronaves em naufrágio, acidente a bordo e falta de notícias da nave. Os Decretos-leis de ns. 4.819 de 8.10.42, 5.782 de 30.8.43, 6.239 de 3.2.44, dispõem respectivamente sobre a morte presumida de militares, servidores públicos e militares da aeronáutica. A Lei n. 3.807 de 26.8.60 (art. 42) e o Decreto n. 72.771 de 6.9.73 (art. 84) dispõem sobre a morte presumida de segurado da previdência social.

b) *A morte presumida por ausência.* Também a morte presumida por lei gera abertura da sucessão. O único caso de presunção de morte em nosso direito é o que deflui da ausência prolongada. Ocorre assim que se cumprem 20 anos do trânsito em julgado da sentença que deferiu a sucessão provisória (CC, art. 481). Outrossim se presume morto o ausente que alcança a idade de 80 anos, se as últimas notícias sobre ele datam de 5 anos (art. 482).

A qualificação da morte do ausente como *facta mors* é uma impropriedade. Morte fictícia há nas diferentes hipóteses de *morte civil* que o nosso direito, e o direito moderno em geral, rejeita. A morte do ausente é uma presunção e não uma ficção.

c) *Comoriência.* O regime da comoriência é matéria que interessa diretamente ao direito sucessório. Comorientes são pessoas que morrem na mesma oportunidade. Quando isso acontece envolvendo sucessores recíprocos, como por exemplo — pai e filho sem descendente ou cônjuges sem descendente nem ascendente, o que morre depois sucede ao que morreu primeiro. De modo que o sucessor do pós-morto recolhe a herança de ambos. Se são mais de dois os comorientes, herda do mesmo modo um ao outro sucessivamente, segundo a ordem cronológica dos óbitos.

A teoria da comoriência vem a propósito da dificuldade que muitas vezes compromete a determinação do momento da morte de cada comoriente e, por conseguinte, a correspondente ordem de precedência. Nesse caso, se faltar ou se não satisfizer a prova direta do momento dos óbitos oriunda de dados médicos, há que se constituir prova indireta em juízo e lançar mão de todos os meios probatórios conforme se expôs atrás *a*. A lei impõe este esforço de investigação sempre, antes do recurso à

presunção legal. É o que se tem de inferir da cláusula condicional do art. 11 do CC: “não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros”.

Se, portanto, a determinação da ordem de precedência dos óbitos se revela impraticável, socorre-se a ordem jurídica de *presunções*. Desde o Direito romano o recurso às presunções vem satisfazendo ao imperativo jurídico de certeza sobre os fatos, para firmeza das relações deles consequentes. Os romanos construíram para o caso da comoriência um complicado sistema de presunções baseado em hipóteses de pré-moriência.

Tal sistema, que subsidiou o nosso direito anterior ao Código, pode ser apreciado nos livros 24 (1, 32, 14), 34 (5, frags. 8, 9, 16, 17, 18, 22, 23), 36 (1, 5 e 39) (6, 26) do Digesto.

O Código Civil francês ainda persistiu no método romano (v. arts. 720-722). O Direito moderno não dispensou o recurso à presunção; substituiu porém o método casuístico do direito romano por outro mais simples que é o acolhido no art. 11 do nosso Código: não sendo possível precisar a precedência da morte entre os comorientes, *presumem-se simultaneamente mortos*. Assim, nenhum herda do outro. Os sucessores subseqüentes de cada um recolhem as respectivas heranças como se os comorientes não estivessem na ordem da vocação sucessória um do outro.

Algumas amostras dadas por Barros Monteiro para ilustrar o efeito da comoriência: No mesmo desastre morre um casal sem herdeiros necessários. Se o marido falece primeiro, recolherá a herança os herdeiros da mulher; se foi esta quem morreu antes, a herança caberá aos herdeiros do marido. Sendo impossível verificar a precedência, a sucessão de cada um deve ser regulada como se o comoriente jamais houvesse existido. Outra hipótese é a de dois indivíduos que falecem na mesma ocasião e em lugares diferentes, não havendo meio de estabelecer qual deles faleceu primeiro. Resolve-se com a invocação da presunção legal se existir mútuo direito sucessório entre os falecidos. O terceiro exemplo serve para demonstrar a função da regra fora do plano propriamente sucessório: Um doador estipula que os bens doados volvam ao seu patrimônio se sobreviver ao donatário; e morrem ambos no mesmo sinistro. A determinação será decisiva para esclarecer se prevalece ou não a cláusula reversiva pactuada no ato de liberalidade (*Curso de Direito Civil*, VI, p. 18).

III — Lugar da abertura da sucessão

A determinação do lugar da abertura da sucessão não está associada necessariamente ao fato da morte do *de cuius*. O que demonstra não ser a morte fato interior ao fenômeno sucessório.

A sucessão se abre no lugar do último domicílio do falecido (CC, art. 1.578).

A locução *último domicílio* significa o domicílio na ocasião do óbito. Ora é possível que o sujeito ao morrer não tivesse domicílio conhecido ou não tivesse domicílio algum. Sobrevêm então uma das seguintes situações a que se ajustam as soluções dadas no art. 96 do CPC: a) o falecido não tinha domicílio certo mas tinha bens; neste caso a sucessão se abre onde se situam os bens; b) o falecido não tinha domicílio certo, tinha bens, mas em lugares diferentes: a sucessão se abre no lugar do óbito. Outras hipóteses não concernem à falta de domicílio; c) o extinto mantinha mais de um domicílio: a sucessão se abre em qualquer deles (art. 94, § 1.º); d) tinha domicílio no estrangeiro: no Brasil a sucessão se abre no lugar onde deixou bens (art. 89, II, combinado com o art. 96); e) o *de cuius* casado morreu antes da partilha do espólio do outro cônjuge: sua sucessão abre-se no foro do inventário do cônjuge pré-morto (art. 1.043). Estas são as situações excepcionais mais importantes.

Tais proposições suscitam diversos pontos controvertidos: 1) A base dessas questões está a que toca aos subsídios da lei processual atinentes ao foro do inventário. Abertura da sucessão e abertura do inventário não são conceitos idênticos; este segue critério adjetivo, aquele material. Sem embargo a determinação do lugar da abertura da sucessão está intimamente comprometida com a fixação do foro do inventário e da sucessão em geral. A ponto de se realmente a necessidade de estabelecer o foro dos processos judiciais relativos à sucessão, a razão mais evidente e concreta a que atende o próprio instituto do lugar da abertura da sucessão. Esta conexão entre o instituto material e o processual, na ordem do CC, revela-se em que os dispositivos que disciplinam a inventariança prendem-se à regra que fixa o lugar da abertura; na doutrina em geral dita conexão é tranquilamente reconhecida (cf. Barros Monteiro, *Curso*, VI, p. 28; Itabaiana de Oliveira, *Tratado*, I, §§ 72 e 73; Planiol, *Traité Élémentaire*, III, 1.702, p. 319; Julliot de la Morandière, *Droit Civil*, IV, 410, p. 223, entre outros). Julliot de la Morandière, comentando regra do Código Civil francês semelhante à nossa (art. 110: "*Le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile*"), observa que "o interesse que a determinação do lugar da abertura da sucessão apresenta é que o tribunal desse lugar, melhor situado que qualquer outro para conhecer da causa, é o único competente para estatuir sobre certas demandas concernentes à sucessão". E a seguir remete às regras do Código de Processo. Não falta enfim quem simplesmente identifique lugar da abertura da sucessão com foro dos processos sucessórios. 2) Em segundo lugar a questão do entendimento da fórmula *último domicílio*. Parece óbvio que não pode significar o último domicílio que o autor da herança jamais teve. Se fosse assim deveria também ser levado em conta para o processo v. g., o domicílio dos pais, se depois da emancipação o *de cuius* passou a

vagabundear nunca mais fixando qualquer residência. Admitida uma compreensão rigorosamente literal para a fórmula da lei, desapareceriam na prática os foros subsidiários do art. 96 do Código de Processo, porque qualquer pessoa deve ter tido um último domicílio. O raciocínio *ab absurdo* conduz então à inteligência de que o último domicílio é o do autor ao morrer. Na ocasião da morte o *de cuius* podia não ter domicílio certo ou não ter domicílio algum no país; daí a aplicação das regras supletivas. Segundo Hélio Tornaghi "quer a lei referir-se, evidentemente, ao *último* domicílio, àquele que o sucedendo tinha ao morrer. Não basta que tenha sido algum dia domiciliado no Brasil, pois é possível que haja mudado de domicílio (CC, art. 34: o domicílio não se perpetua, não continua vinculado ao Brasil quem nele foi domiciliado há mil anos atrás)" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Ed. Revista dos Tribunais, p. 327). 3) A solução da letra d) decorre desta interpretação. Se o falecido não tinha domicílio no Brasil, nem nunca teve, mas deixou bens no país, o inventário *laio sensu* tem de abrir-se aqui por força do art. 89, II, da lei processual; se já teve domicílio no Brasil e já não tem mais, nem por isso se deve buscar seu derradeiro domicílio aqui para abrir o inventário: não tinha domicílio no Brasil ao morrer. A regra é então a da situação dos bens; se não deixou bens não se abre no país a sucessão. Barros Monteiro parece favorável à idéia de que o foro neste caso seja o do último domicílio legal que assim disponha nem a proposição do ilustre jurista consultado está muito clara: refere-se ao óbito no estrangeiro e à competência do foro do último domicílio no Brasil; entretanto quem falece no estrangeiro pode ter domicílio ordinário no Brasil e neste caso não há razão para a ressalva. 4) A propósito do foro da *situação dos bens* comenta Hélio Tornaghi que o Código não distinguiu "entre móveis e imóveis considerando que esses acompanham as pessoas (*mobilia personarum sequuntur*)". No caso de multiplicidade de locais em que possuía bens o foro é o do local do óbito e "na prática, prossegue, iria acontecer o seguinte: se o *de cuius* é dono de cem mil imóveis numa cidade, mas falece em outra na qual está em passeio a competência será do foro dessa última, uma vez que os bens móveis acompanham a pessoa e essa os possui onde está" (ibidem, p. 328). 5) Como foi dito, as hipóteses de lugares subsidiários para a abertura da sucessão, aqui levantadas, são as principais. Da combinação entre elas, da própria lei e do imprevisto, surgem muitas outras alternativas que, por serem de solução exatamente processual, não se discutem aqui. 6) Lugar da abertura da sucessão determina não só o foro do inventário como o da sucessão em geral: da partilha, da arrecadação, do cumprimento das disposições de última vontade, das ações em que o espólio é réu. O foro da abertura tem *vis attractiva*. 7) O foro da sucessão não pode ser eleito (CPC, art. 111 e § 1.º) porquanto as ações que a versam não são oriundas de obrigações nem é possível cogitar de acordo prévio entre os interessados. Segue que o foro da sucessão tem competência absoluta (cf. H. Tornaghi, ob. cit., p. 358).

A norma do lugar da abertura da sucessão rege igualmente a sucessão de ausente e a arrecadação da herança jacente (CPC, arts. 96 e 97).