Momento da transmissão da herança. Instauração do inventário. Indivisibilidade da herança.

**Profª Giselda Hironaka**

***Droit de saisine –* Momento da transmissão da herança**

A herança de alguém transmite-se no mesmo momento de sua morte. Trata-se de uma ficção jurídica que convém ao Direito, eis que não há possibilidade, juridicamente falando, de um bem ficar sem titular, nem que seja por um único minuto. Não é possível que ocorra um “vazio” na titularidade de qualquer bem que componha agora – por força da morte – o acervo hereditário a ser distribuído. Assim, a transmissão se dá por força de lei, ainda que o (s) herdeiro (s) não tenha conhecimento desta sua situação.

Esta transmissão, contudo, jamais se dará antes do falecimento do autor da herança, uma vez que a *disposição de herança de pessoa viva* é vedada em nosso sistema (art. 1.089 CC), até porque, enquanto não se operar o evento morte, os potenciais herdeiros possuem mera expectativa de direito.

O tempo da morte do autor da herança se denomina *abertura da sucessão* e não se confunde com o momento posterior em que ocorrerá a *abertura do inventário* (procedimento).

A esta ficção jurídica se dá o nome de *droit de saisine*, expressão que vem da máxima *le mort saisit le vif, sans ministère de justice*, cuja tradução livre poderia ser o morto agarra o vivo, sem interferência da justiça. Como se disse, o *droit de saisine* traduz a própria essência ou fundamento do direito das sucessões, no sentido de que nem mesmo a morte do titular pode interromper ou nulificar o direito de propriedade, pois o domínio e a posse dos bens de alguém imediatamente transmitem-se aos herdeiros, ainda que estes desconheçam esta sua qualidade ou o fato da morte, eis que tal fato ocorre em razão de singela ficção jurídica. Vale dizer, a transmissão do acervo hereditário que se dá, imediatamente, a favor dos herdeiros, legítimos ou instituídos, do falecido, assim se processa por definição do direito, o qual determina uma situação que pode mesmo ser diametralmente distinta da ordem natural das coisas, mas que reflete a chance de uma solução lógica, atendendo às demandas jurídicas e sociais a respeito da ocorrência. E assim se passa porque, para o direito, apresenta-se uma insuportabilidade diante da ideia de que bens possam ficar sem um correspondente titular; então, a titularidade – aparentemente vazia – se transmite de pronto, *ipso iure*, para os sucessores do morto. Não há formalidade alguma para que tal fato se dê, bem como não importa o desconhecimento da transmissibilidade por quem quer que seja; o fato da morte e a transmissão legal do acervo são coincidentes cronologicamente, por força de presunção legal, isto é, o *droit de saisine.*

O princípio da *saisine* teve sua origem em uma situação peculiar da história francesa, referente à necessidade de se subtrair a propriedade do vassalo morto das exigências dos senhores feudais, em uma época em que estes eram “donos” de todas as terras submetidas à sua autoridade. Parte dessas propriedades, contudo, eram exploradas pelos vassalos e, quando eles morriam, elas eram “devolvidas” ao senhor feudal. Mediante uma contribuição que os herdeiros pagassem àquele, poderiam, então, recebê-las de volta. Essa regra era assim prevista no direito francês: *le vassal mort saisit le vif son seigneur*. Em outras palavras: com a morte do vassalo, além de a sua família ficar sem ter sequer onde morar (pois a propriedade era devolvida ao *seigneur*), os seus herdeiros ainda deveriam indenizá-lo, para que pudessem recebê-la de volta.

Diante dessa injustiça, foi criada a ficção jurídica da *saisine*, que admitia pressupor, então, que o vassalo, no momento mesmo de sua morte, teria imitido os seus herdeiros na posse de todos os seus bens.

A doutrina francesa e, hoje, também a doutrina canadense, assim definem a *saisine*: *Le droit que l’on a d’entrer en possession effective du patrimoine du de cujus e d’exercer passivement et activement les actions qu’il avait1.*

Significa, portanto, o direito de entrar na posse do patrimônio do falecido e exercer todos os direitos e obrigações a ele inerentes, como se sob certa autorização legal para se comportar, de plano, como possuidor da herança2. Assim, restava certo que, com a morte, abria-se a sucessão, pela recepção do princípio em comento.

Não se confundem os momentos, todavia, embora sejam momentos coincidentes: a *morte* é o antecedente lógico, é o pressuposto e a causa; a *transmissão* é a consequência, é o efeito da morte. Por força de ficção legal, então, em que se fazem coincidentes os fatos – causa e efeito – em termos cronológicos, essa é a fórmula do que se convenciona denominar *saisine*. O direito dá valor a essa coincidência por ele mesmo criada, tomando tal posição a bem do sistema, pressupondo ou presumindo que a construção seja adequada como a solução mais próxima possível do *natural*, e que a presunção dará início a uma série de atos, apesar de ser, essa similitude com a verdade, apenas uma possibilidade. A lei, dessa forma, passa a presumir que o falecido investiu – ou teria podido investir – os seus sucessores na titularidade de seus bens, por meio dessa transmissão imediata, à qual se dá o nome de transmissão *causa mortis.*

Nem todas as relações das quais ele participava, em vida, são transmissíveis aos seus sucessores, por exemplo, seus direitos de personalidade, suas obrigações personalíssimas, e mesmo os direitos reais extinguíveis com a morte, entre outras hipóteses.

Nesse fictício momento de conjugação do falecimento com a transmissão, considera-se aberta a sucessão do morto, no instante mesmo de sua morte ou no instante em que sua morte seja presumida, despontando o direito à herança, com a substituição do falecido pelos seus sucessores nas relações jurídicas (de natureza transmissível), das quais o autor da herança era partícipe. O patrimônio transmissível denomina-se herança e seguirá – a partir da presunção de transmissibilidade imediata – o destino que se estampa nas regras sucessórias do direito civil positivado. Outras legislações também adotaram a ficção legal em comento, e, entre elas, destacam-se as seguintes: Código Civil português (art. 2.131), Código Civil francês (arts. 718 a 724), Código Civil italiano (art. 456), Código Civil espanhol (arts. 657 a 661), Código Civil chileno (art. 955), Código Civil venezuelano (arts. 986 e 988), Código Civil japonês (arts. 964 e 992). Como fonte anterior, algumas normas já contemplavam o princípio da *saisine*, por exemplo, o Alvará de 9 de novembro de 1754, o Assento de 16 de fevereiro de 1876, a Consolidação de Teixeira de Freitas, art. 978. Esse mesmo princípio esteve recepcionado, também, pelo projeto do Código Civil de 1965 e pelo Projeto de Código Civil n. 634, de 1975.

(Texto construído a partir da obra *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente,* de autoria de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, publicada pela Editora RT, São Paulo, 2011)

**Indivisibilidade da herança**

A herança, por expressa disposição legal (CC, art. 80, II), é tida como imóvel, independente dos bens que a compõe, e ainda como uma universalidade *iuris*. Além desta característica, o conjunto de bens e direitos arrecadados também é tido como indivisível, se existirem dois ou mais herdeiros, até a adição do respectivo quinhão em favor de cada um, através da partilha, por expressa disposição contida no art. 1.791, *caput* e parágrafo único, do Código Civil.

A indivisibilidade da herança faz com que ela permaneça como uma universalidade *iuris* impartível, criando entre os herdeiros um regime de condomínio forçado, cada qual sendo titular de uma parte ideal do todo.

Decorre da indivisibilidade imposta por lei a prerrogativa para cada herdeiro, de reclamar qualquer dos bens que compõe a herança de quem injustamente os possua, sem que este possa alegar o caráter parcial do direito do reivindicante (CC, art. 1.791, parágrafo único). E assim agindo, mesmo sendo titular apenas de parte ideal do acervo, o herdeiro que teve a iniciativa beneficiará a todos os demais, não lhe sendo exclusivo o resultado.

E, como bem salienta SILVIO RODRIGUES, “tal solução legal, além de conveniente, se estriba em boa razão lógica. O herdeiro, dada sua condição de condômino, é titular apenas de uma parte ideal do espólio, pois seu quinhão só se individuará por ocasião da partilha. Entretanto, como não é possível deferir-lhe a defesa de um quinhão ainda não individuado, a lei define como indivisível seu direito e lhe concede a prerrogativa de reclamar a universalidade da herança”.

Lembra-se apenas que este direito do coerdeiro não exclui, mas convive, com a legitimidade do próprio espólio, representada pelo inventariante, para propor qualquer ação na defesa dos interesses do acervo hereditário, inclusive, e, especialmente, de preservação do acervo patrimonial, em face de quem indevidamente aventure-se a lesá-lo.

A indivisibilidade da herança refere-se não só ao domínio, como à própria posse dos bens. Como já visto, é transmitida a posse aos herdeiros, entretanto, a eles, na fase provisória do processo de inventário, é transferida a posse indireta, reservada ao inventariante a posse direta. Neste contexto, se algum herdeiro exercer a posse direta exclusiva de um determinado bem, o inventariante pode reclamá-la em favor da massa, no exercício de sua administração do espólio, ou ainda, como a qualquer herdeiro preterido, tem sido admitida ação para cobrança de aluguéis, através de arbitramento judicial, a ser revertido em favor da massa.

Por fim, como efeito da indivisibilidade verifica-se que a cada coerdeiro só será permitida cessão de sua quota-parte (fração ideal e abstrata) da herança, impossibilitando a negociação isolada por um, da integralidade de um bem ou direito.

Este estado de indivisibilidade cessará, como já mencionado, com a partilha, que se seguirá ao inventário; são duas fases do mesmo processo judicial que visa à formalização da transmissão da herança. Mas nada impede que na própria partilha, os herdeiros, todos ou alguns deles, permaneçam como condôminos de determinados bens. Desfaz-se a comunhão forçada em razão da indivisibilidade provisória da herança, e forma-se o condomínio em razão da aquisição, pelos sucessores, com a partilha, de partes ideais sobre o mesmo bem.

(Texto construído a partir da obra *Direito das Sucessões,* de autoria de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, publicada pela Editora RT, São Paulo, 4ª edição, 2011)

**Abertura do inventário**

A sucessão é aberta no local do último domicílio do falecido (art. 1785 CC), ainda que outro tenha sido o local de sua morte e ainda que outros sejam os locais da situação dos bens. A regra deriva da necessidade de se fixar o foro competente para o processamento do inventário e da partilha, mas liga-se ainda ao problema da determinação da jurisdição internacional competente. É regra, portanto, que se relaciona ao direito processual e ao direito internacional privado.

A norma que vinha estatuída no Código Civil de 1916 veio repetida no Código atual, determinando a abertura da sucessão no lugar do último domicílio do finado. Se este, todavia não possuía domicílio ou possuía mais de um, o problema de sua determinação para fins de estabelecer o local da abertura da sucessão desloca-se para as regras da Parte Geral atinentes ao domicílio da pessoa física.

*Abertura da sucessão* não é, todavia, conceito idêntico ao de *abertura do inventário*. A regra processual geral é a de que o foro competente para assistir à abertura do inventário é o foro onde tinha o finado o seu último domicílio. Aqui coincidem as regras. Mas a normativa processual (CPC) de 1973 veio especificar o foro competente para o processamento do inventário nas hipóteses em que o domicílio é incerto.

Entendeu o legislador processual que não bastava indicar o local da abertura da sucessão pelo último domicílio do falecido, porque este poderia apresentar-se de forma incerta, poderia o falecido não possuir domicílio algum, ou ainda possuir mais de um domicílio, e por estes motivos, especificou a regra no que concerne ao local da abertura do inventário, fazendo-o incidir no local da situação dos bens sempre que o domicílio fosse incerto (art. 96, I, CPC). Mas outro problema seria criado quando os bens que compusessem a herança se situassem em locais diversos. Entendendo o legislador não ser possível a multiplicidade de inventários referentes a uma mesma herança, bem imóvel indivisível por determinação legal, deslocou a competência jurisdicional para o local do óbito do *de cujus* (art. 96, II, CPC). Por fim, para a hipótese de pluralidade domiciliar, permitiu a abertura do inventário em qualquer foro correspondente a um dos domicílios do finado (art. 94, parágrafo 1º).

Diversos são os problemas relativos à jurisdição competente e à determinação da lei material aplicável à sucessão quando esta apresenta algum elemento estrangeiro. Essa temática é referente ao direito internacional privado, ramo do direito que estabelece regras para a solução dos conflitos de lei no espaço.

*Sucessão no espaço* – Morto o *de cujus*, o primeiro passo que se deve seguir é o referente à determinação do foro competente para o processamento do inventário. Quando, entretanto, existe na relação sucessória qualquer elemento estrangeiro, a problemática desloca-se para a determinação da jurisdição competente para conhecer do inventário e proceder à partilha dos bens. E isso se dá porque esse elemento estrangeiro revela uma conexão da relação jurídica sucessória com mais de um ordenamento jurídico. Assim, a nacionalidade do *de cujus* e dos herdeiros potenciais, o domicílio de um ou dos outros, a situação de bens no estrangeiro, ou mesmo ter o falecimento ocorrido em outro Estado são elementos que devem despertar a atenção do profissional do Direito no sentido de verificar qual o foro e qual a lei competente para dirimir a questão.

No âmbito do direito sucessório brasileiro, interessa saber quando será competente a jurisdição nacional. Assim, será competente a jurisdição brasileira sempre que o defunto tivesse, no momento de sua morte, domicílio no território nacional, fosse ele brasileiro nato, naturalizado ou mesmo estrangeiro aqui domiciliado, uma vez que esta é a regra geral relativa à determinação do foro competente para a abertura do inventário. Mas não apenas nessas hipóteses. O legislador processual houve por bem determinar a competência exclusiva da jurisdição nacional sempre que os bens outrora pertencentes ao *de cujus* estejam situados no Brasil, ainda que o falecido não possua mais domicílio no país (hipótese em que será tido como competente o juízo nacional do foro em que por último teve o morto seu domicílio) ou mesmo que tenha nunca fixado aqui o seu domicílio (quando então, tem-se por competente o juízo da situação dos bens a inventariar) - art. 89, inc. II, CPC.

Resolvido o problema atinente à determinação do foro competente, deve-se verificar qual a lei que regerá materialmente a sucessão. Esta é uma tarefa atribuída ao juiz nacional competente para o processamento do inventário, atendo-se ele ao quanto disposto no art. 10º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB – nome substitutivo da antiga LICC, pela Lei nº 12.376/2010), bem assim ao disposto no inc. XXXI do art. 5º da Constituição Federal.

Determina o art. 10º, *caput*, da LINDB que a lei que regula a sucessão é aquela lei vigente no local do último domicílio do *de cujus*.

Assim, sempre que domiciliado o autor da herança no Brasil no momento de sua morte, a lei aplicável será, a princípio, a brasileira. Disse-se a princípio por ser factível a hipótese de o sucessor, determinado pela lei brasileira como tal, uma vez que é a nossa ordem de vocação hereditária a aplicável, ser domiciliado no exterior. Nessa hipótese, dever-se-á verificar da aptidão, da legitimidade para suceder, segundo o disposto na lei pessoal do presumível sucessor, já que se trata de hipótese de capacidade e que, como tal, requer a aplicação da lei do domicílio do indivíduo para sua determinação (LINDB, art. 7º). Percebe-se, portanto, que o direito de participar da sucessão será determinado pela lei do domicílio do *de cujus*, mas o direito a suceder determinar-se-á segundo a lei pessoal do sucessível, contra quem pode pesar, segundo a lei vigente no Estado em que é domiciliado, um qualquer impedimento, uma causa de indignidade ou deserdação, ainda que não verificada ou desconhecida pela lei brasileira, salvo se ofender nossa ordem pública, como a hipótese de a lei pessoal determinar o afastamento do filho adotivo da sucessão.

(Texto construído a partir da obra *Comentários ao Código Civil: Parte Especial – Do Direito das Sucessões (arts. 1784 a 1856),* de autoria de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, volume 20 publicada pela Editora Saraiva, São Paulo, 2008).