

SILVIO RODRIGUES

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, Doutor *Honoris Causa* da Faculdade
de Direito da Universidade de Paris XII.

DIREITO CIVIL

Direito das Sucessões

VOLUME VII

16.^a edição, atualizada e ampliada
1989

 **editora
SARAIVA**

CAPÍTULO I

ABERTURA DA SUCESSÃO

SUMÁRIO: 4. Abertura da sucessão. Momento da transmissão da herança. 5. Transmissão da posse. O princípio da *saisine*. 6. Espécies de sucessão: legítima e testamentária. 7. Sucessão a título universal e a título singular. 8. Liberdade de testar. 9. Lugar em que se abre a sucessão. 10. Da escolha do inventariante. 11. Indivisibilidade da herança para efeito de reclamá-la.

4. *Abertura da sucessão. Momento da transmissão da herança.* — A sucessão *causa mortis* se abre com a morte do autor da herança. No momento exato do falecimento, o domínio e a posse da herança se transmitem aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cujus*⁴, quer estes tenham ou não ciência daquela circunstância. Isto porque, conforme já foi visto (v. vol. I, n.º 15), a personalidade civil, ou seja, a capacidade da pessoa humana para ser titular de direitos e obrigações na órbita do direito, se extingue com sua morte.

Ora, como não se pode conceber direito subjetivo sem titular, a titulariedade dos direitos do *de cujus* deve se transmitir, desde o preciso instante de sua morte, a seus sucessores a título universal. Caso contrário, seu patrimônio ficaria sem dono durante algum tempo, o que, como já disse, é inconcebível.

Essa é a regra do art. 1.572 do Código Civil, que, além de dissipar as dúvidas quanto ao domínio e posse da herança, no

4. A expressão *de cujus* é tirada da sentença latina *de cujus successione agitur*. Portanto, quando se usa esta expressão, quer-se referir à pessoa de cuja sucessão se trata.

intervalo mediado pela morte do *de cujus* e a sentença de partilha, provoca um sem-número de conseqüências, dentre as quais saliento as seguintes:

A) A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que, naturalmente, se regulará conforme a lei então em vigor (Cód. Civ., art. 1.577), pois, como é no momento do falecimento que o herdeiro é chamado a suceder, nesse momento é que deve ele ostentar a condição de herdeiro.

Em muitos casos aplica-se o preceito.

Por ocasião da promulgação do Código Civil eram chamados à sucessão, à falta de outros herdeiros, os colaterais até sexto grau. Hoje, só conservam esse direito os colaterais em quarto grau. Ora, um colateral em quinto ou sexto graus seria ou não chamado à sucessão conforme ela se abrisse antes ou depois da modificação legal da ordem de vocação hereditária.

Outro exemplo. O Decreto-lei n.º 4.737, de 24 de agosto de 1942, veio possibilitar o reconhecimento do filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio, após o desquite de seu progenitor, faculdade que a Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, ampliou, para estendê-la a todos os casos de dissolução da sociedade conjugal (v. vol. VI, n.º 135). Ora, muitos julgados, na vigência de uma ou de outra dessas leis, proclamaram que, quando a sucessão se houvesse aberto antes da promulgação daqueles textos, não podiam os filhos, vencedores em ação de investigação de paternidade, pleitear a herança de seus falecidos pais, pois, como eram incapazes de suceder por ocasião da morte do *de cujus*, o patrimônio deste, no exato momento de sua morte, incorporara-se ao patrimônio de seus outros herdeiros, que dele não mais podiam ficar privados, sob pena de caracterizar-se retroação proibida da lei⁵.

5. DIMAS RODRIGUES DE ALMEIDA cita julgado do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa dispõe: "A retroatividade da lei, que admite o reconhecimento, após o desquite, de filho havido fora do casamento, não atinge a herança deferida aos únicos sucessíveis ao tempo da transmissão".

O voto vencedor abraça a tese de que, embora o reconhecimento apenas proclame um estado preexistente, operando ordinariamente *ex tunc*, não obstante não pode ele alterar uma sucessão já deferida na conformidade da lei vigente ao tempo de sua abertura. Diz o aresto: "Concluir o contrário fora o mesmo que

B) O herdeiro que sobrevive ao *de cuius*, ainda que por um instante, faz sua a herança por aquele deixada. Com efeito, no menos por uma fração de segundo os bens do finado incorporam-se ao patrimônio de seu sucessor, de modo que, quando este morre, no momento seguinte transmite aos seus próprios herdeiros os bens adquiridos, embora houvesse morrido na ignorância de haver herdado referido patrimônio⁶.

C) O valor dos bens inventariados é o do momento da morte do *de cuius*, pois é nesse momento que se dá a transmissão dos mesmos para os herdeiros (*Rev. dos Tribs.*, 182/767).

O art. 1.572, entretanto, não determina apenas a transmissão do domínio, mas acrescenta que a posse da herança também se transfere aos sucessores a título universal. Aqui, nesta questão de transmissão de posse, o tema se complica, merecendo exame mais minucioso.

5. *Transmissão da posse. O princípio da "saisine"*. — A primeira dificuldade encontrada diz respeito à possibilidade ou não da transmissão da posse de uma herança, por muitos negada por tratar-se de uma *universitas iuris*⁷. Porque, afinal, a posse é mera situação de fato, nem sempre suscetível de ser transferida por determinação legal.

O que a lei visa, com o dispositivo, é atribuir ao herdeiro a condição de possuidor, sem cogitar de subordinar a aquisição de tal estado à apreensão material da coisa. A despeito de a herança se encontrar na detenção de terceiros, o herdeiro adquire a qualidade de possuidor. Terá ele obtido a posse indireta, remanescendo a posse direta com quem legitimamente detenha a coisa.

destruir direito adquirido; a relegar a oblição o princípio que regula, pela lei do tempo, a capacidade para suceder" (*Repertório de Jurisprudência do Código Civil — Direito das Sucessões*, São Paulo, 1955, vol. I, n.º 10).

6. Cf. AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, 4.ª ed., Paris, 1873, vol. VI, § 609.

7. No dizer de AUBRY ET RAU, "Les expressions *possessions de l'hérédité* dont on se sert quelquefois, et que nous avons mêmes employées, s'appliquent bien moins à l'hérédité, considérée comme universalité de droit qu'aux biens qui en dépendent" (*op. cit.*, vol. II, § 178, nota 7).

A atribuição da qualidade de possuidor ao herdeiro gera importantes efeitos, dos quais o principal é deferir-lhe a prerrogativa de recorrer aos interditos possessórios para defesa dos bens herdados.

A transmissão da posse da herança, por força de lei, é desconhecida dos romanos. Entre eles, a posse só é adquirida pelo herdeiro através da apreensão da coisa, o que não deixa de ser lógico.

Com efeito, enquanto é facilmente concebível a transmissão automática do domínio, pois o herdeiro toma a posição do defunto, substituindo-o em todas as relações jurídicas patrimoniais, a posse, relação de fato, envolve, na concepção tradicional, um ato externo de apreensão da coisa. Portanto, a transmissão da posse — relação objetiva — sem um ato externo implica sutil abstração, requerendo recurso a uma ficção que não se amolda ao princípio prático que sempre orientou o jurista romano.

A regra atual, consignando o princípio da *saisine*, ou seja, a idéia de que a posse da herança se transmite *in continenti* aos herdeiros, surgiu no direito francês, para resolver uma situação peculiar, e encontra seus mais antigos traços em escritos do terceiro quartel do século XIII⁸.

8. Segundo explica PLANIOL (*Traité élémentaire de droit civil français*, 7.^a ed., Paris, 1915, t. III, ns. 1.929 a 1.931), *saisine* quer dizer posse, e *saisine héréditaire* significa que os parentes de uma pessoa falecida tinham o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade. Esta situação se expressava pela máxima *le mort saisit le vif*, princípio que se encontra consignado no art. 724 do Código Civil francês, nestes termos:

“Art. 724. Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession”.

COLIN ET CAPITANT (*Cours élémentaire de droit civil français*, 9.^a ed., Paris, 1945, t. III, n.º 1.024) filiam o princípio da *saisine* ao direito costumeiro francês e mostram que o mesmo surgiu contra os abusos do senhor feudal (*contre la fiscalité féodale*). Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido deviam pleitear a imissão na posse (*les héritiers avaient besoin de s'en faire ensaisiner*), pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro, e no momento de sua morte, a posse de todos os seus bens.

A propósito, escreve DEMOLOMBE: “Mais comme ce droit (de relief ou de *saisine*) était odieux, dit Laurière, on introduisit que toute personne décédée serait

O princípio da transmissão *ex lege* dos bens hereditários aos sucessores universais do *de cujus* só foi introduzido no direito português pelo alvará de 9 de novembro de 1754⁹. Dali passou para o direito brasileiro, sendo consolidado por Teixeira de Freitas no art. 978 de sua *Consolidação das Leis Civis*. Assim, fica delineada a fonte do art. 1.572 do Código Civil.

A regra deve ser interpretada em consonância com o art. 496 do Código Civil, que determina continuar o sucessor universal a posse de seu antecessor, de modo que o herdeiro se sub-roga, no que diz respeito à posse da herança, na própria situação que o finado desfrutava. Se era ele titular de uma posse justa e de boa fé, o herdeiro adquirirá uma posse justa e de boa fé. Se, ao contrário, for injusta a posse do *de cujus*, a posse de seu sucessor terá igual defeito, pois ninguém pode transmitir mais direitos do que tem. É verdade, entretanto, e como já foi visto (v. vol. V, n.º 16), que se a posse for violenta ou clandestina, pode ela convalescer desses vícios, após transcurso de ano e dia a contar da cessação da violência ou da clandestinidade.

Outra importante questão a ser ventilada neste parágrafo é a relativa à conciliação do art. 1.572 do Código Civil, em comentário, que defere a posse da herança aos herdeiros, com a

réputé avoir remis, en mourant, la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent habile à lui succéder, et non entre les mains d'aucune autre personne...; d'où est venue notre règle: *le mort saisit le vif...*" (*op. cit.*, vol. XIII, n.º 126).

9. Transcrevo o alvará de 1754, que não é facilmente encontrável:

"Eu El-Rey faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem, que querendo evitar os inconvenientes, que resultam de se tomarem posses dos bens das pessoas que falecem, por outras ordinariamente estranhas, e a que não pertence a propriedade delles: Sou servido ordenar, que a posse Civil, que os defuntos em sua vida houverem tido posse logo nos bens livres aos herdeiros escritos ou legítimos; nos vinculados ao filho mais velho, ou neto, filho do primogênito, e falta este, ao irmão ou sobrinho; e sendo Morgado, ou Prazo de nomeação, à pessoa que for nomeada pelo defunto, ou pela Lei.

A dita posse Civil terá todos os efeitos de posse natural, sem que seja necessário, que esta se tome; e havendo quem pretenda ter ação aos sobreditos bens, a poderá deduzir sobre a propriedade somente, e pelos meios competentes; e, para este efeito revogo qualquer Lei, Ordem, Regimento ou disposição de direito em contrário.

Pelo que mando, etc.

Dado em Lisboa, aos 9 de Novembro de 1754".

regra do art. 1.579 do mesmo Código, que reconhece ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime de comunhão, o direito de continuar na posse da herança, até o momento da partilha. Como conciliar os dois preceitos, aparentemente contraditórios, um transferindo a posse a todos os herdeiros, outro a conservando nas mãos do inventariante?

A conciliação é simples, pois a contradição se dilui desde que feita a distinção entre posse direta e indireta. Enquanto o inventariante conserva a posse direta dos bens do espólio, os herdeiros adquirem a sua posse indireta. Ambos ostentam, simultaneamente, a condição de possuidores.

6. *Espécies de sucessão: legítima e testamentária.* — A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou por força de lei (Cód. Civ., art. 1.573). Quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento, chama-se *sucessão testamentária*; quando se dá em virtude da lei, denomina-se *sucessão legítima*.

Ao contrário do que ocorria no direito romano, em que a sucessão ou era legítima ou testamentária, uma excluindo a outra, pois *Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest* (Institutas, Liv. 2, Tít. 14, § 5.º)¹⁰, no direito brasileiro é possível a existência simultânea dos dois meios de transmitir bens *causa mortis*, em uma única sucessão. Assim, falecendo uma pessoa com testamento que não abranja todos os seus bens, a parte de seu patrimônio não referida no ato de última vontade passa a seus herdeiros legítimos.

A sucessão legítima é a que decorre da lei. Se o defunto, por exemplo, deixou de fazer testamento, seu patrimônio, por força da lei, irá a seus descendentes; inexistindo descendentes,

10. No dizer de P. F. GIRARD, "il y a incompatibilité absolue entre l'hérédité *ab intestat* et l'hérédité testamentaire, on ne peut disposer d'une partie de ses biens par testament en laissant à la loi le soin de régler le sort du reste. C'est la règle célèbre *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, que certains auteurs prétendent avoir été inventée seulement par la doctrine à une époque assez récente, que d'autres rattachent plus vraisemblablement aux modes de tester antérieurs aux Tables, mais qui, à notre sens, est tout au moins commandée par le texte précité des XII Tables" (*Manuel élémentaire de droit romain*, 3.^a ed., Paris, 1901, pág. 785, nota 3).

aos seus ascendentes; não havendo nem descendentes, nem ascendentes, ao seu cônjuge; à falta daqueles parentes e de cônjuge, aos colaterais até o quarto grau. Note-se que a transmissão da herança aos sucessores se efetua sem manifestação de última vontade do falecido, mas decorre da lei. Trata-se da sucessão legítima. Portanto, quando alguém se conforma em que seus bens, por sua morte, passem ao patrimônio das pessoas que a lei chama para recolhê-los, escusa de fazer testamento. Daí a afirmativa, encontrada em muitos escritores, de que a sucessão legítima é o testamento presumido do *de cuius* ¹¹.

Assim, legítima é a sucessão procedida de acordo com a lei e deferida às pessoas nela definidas que, por serem ligadas ao *de cuius* por laços de parentesco, ou matrimônio, presumivelmente seriam por ele beneficiadas, se houvesse manifestado sua última vontade ¹².

A sucessão legítima se dá quando a pessoa morre sem deixar testamento, ou quando o testamento caducar ou for julgado nulo, pois nestes casos deixa de haver disposição de última vontade e é a lei que determina o destino dos bens do finado.

A sucessão é simultaneamente legítima e testamentária quando o testamento do defunto não abrange todos os seus bens. Aliás, a hipótese já foi há pouco figurada. Em ocorrendo o caso, os bens referidos no testamento se transmitem aos herdeiros testamentários e aos legatários. Os bens restantes são deferidos aos herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária (v. n.º 32 *infra*).

11. Cf., entre outros, DEMOLOMBE, que diz: "...notre loi des successions *ab intestat* se présente, en toute vérité, comme le testament tacite et présumé de celui qui n'a pas expressément disposé de ses biens" (*op. cit.*, vol. XIII, n.º 81).

12. Merece transcrição o magistério de CUNHA GONÇALVES, a respeito: "A sucessão diz-se legítima quando, por ter o dono dos bens falecido sem instituir seu sucessor, ou por ter sido anulada, revogada ou estar caduca a instituição, ou ter aquele disposto só de parte dos seus bens, a lei, baseando-se na presunção derivada das relações de família e da afeição natural que, no seio desta, une os seus membros, indica quais serão os sucessores desses bens, graduando-os conforme os graus e a natureza do parentesco (*Tratado de Direito Civil*, Max Limonad Editor, São Paulo, s/d, t. II, vol. IX, n.º 1.352).

7. *Sucessão a título universal e a título singular.* — Diz-se que a sucessão se processa a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens do *de cuius*, ou em uma parte alíquota dos mesmos, ou seja, o sucessor se sub-roga na posição do finado, como titular da totalidade ou de parte da *universitas iuris*, que é o seu patrimônio, de modo que, da mesma maneira que se investe na titularidade de seu ativo, assume a responsabilidade por seu passivo.

A sucessão a título universal dá-se, por exemplo, na cláusula testamentária que defere ao herdeiro todos os bens do *de cuius*, ou em um terço, um quarto de seu patrimônio, ou, exemplificativamente, quando o testador declara deixar aos herdeiros seus bens, ou seus valores imobiliários, situados em tal país. A deixa se refere a uma universalidade e, por conseguinte, a sucessão se processa a título universal.

A sucessão se processa a título singular quando o testador se dispõe a transferir ao beneficiário um bem determinado, como, por exemplo, na cláusula testamentária que deixa a alguém um automóvel, determinado prédio, certas ações de companhia etc.

O herdeiro sucede a título universal porque a herança é uma universalidade. Pode-se mesmo imaginar que o herdeiro substitui a pessoa do defunto, tomando seu lugar na relação jurídica universal.

O legatário sucede ao falecido a título singular, ou seja, determinado bem destaca-se da herança, como coisa certa e individuada, para incorporar-se ao patrimônio do legatário.

Nesse sentido é a lição de todos os autores brasileiros e para citar apenas uma autoridade, transcrevo a lição de OROZIMBO NONATO (*Estudo sobre a Sucessão Testamentária*, Rio, 1957, vol. III, n.º 680):

“680. Distingue-se a instituição de herdeiro do legado. Na primeira, o titular tem o *universum ius* do autor da herança — a totalidade de seu patrimônio ou parte dele, abstrata e ideal.

No legado, o titular é sucessor a título particular, é sucessor em objetos, em coisas limitadas pela quantidade, qualidade ou situação”.

A distinção ora esboçada é de enorme relevância, pois, conforme se trate de herança ou legado, umas ou outras serão as conseqüências de ordem prática. Isso será comprovado em muitas oportunidades, no curso deste livro.

8. *Liberdade de testar.* — Matéria provocadora de muita controvérsia é a relativa à liberdade de testar.

Proposta a questão em outros termos, ela assim se apresenta: É justo impor-se a uma pessoa restrições à sua liberdade de dispor de seus bens para depois de sua morte? E se o for, é isso conveniente?

Nos primeiros tempos do direito romano, o princípio da liberdade de testar não encontra limites. Ele só esbarra em restrições a partir da República, com a admissão da *querela inofficiosi testamenti*, que é a ação visando à rescisão de liberalidades. Tal ação representa remédio judicial concedido quer a descendentes e ascendentes injustamente afastados da sucessão, ou preteridos, quer a irmãos ou irmãs preteridos por pessoas de conduta vergonhosa (cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, vol. VII, n.º 678) ^{12-A}

Na doutrina, a tese da liberdade de testar, adotada em alguns países e apregoada por muitos autores, funda-se em respeitáveis argumentos, alguns dos quais merecem menção.

A liberdade absoluta de dispor se apresenta como um corolário do direito de propriedade. Se este é assegurado, aquela decorre como conseqüência. Aliás, se o proprietário pode livremente alienar seus bens em vida, não é lógico restringir tal liberdade, quando a vontade deve operar após a morte do testador.

Ademais, a liberdade de testar assegura o princípio da autoridade, no seio da família. Cabendo ao pai a prerrogativa

12-A. Transcrevo o texto de Aubry e Rau, acima referido:

Le droit romain avait, dans l'origine, proclamé le principe de la liberté absolue de disposer à titre gratuit. Mais ce principe reçut, dans la suite, diverses restrictions, dont la plus importante résulte de l'admission de la plainte d'inofficiosité. Cette action, tendant à la rescision des dispositions testamentaires ou entrevifs faites par le défunt, était accordée, d'une part, à ses descendants et ascendants, dans le cas où il les avait injustement exhéredés ou préterits, sans même leur laisser, à titre de legs ou de fidéicommiss, une portion convenable de ses biens, et, d'autre part, à ses frères et soeurs germains ou consanguins, lorsqu'il leur avait préféré des personnes d'une conduite honteuse.

de aquinhoar um filho em detrimento dos outros, que podem ser deserdados sem qualquer formalidade, conta o progenitor, ordinariamente, com a obediência e o respeito de todos, pois estes não quererão provocar, na pessoa do testador, qualquer sentimento de antagonismo que possa atuar de maneira desfavorável, por ocasião da feitura do testamento.

A posição contrária, antagônica à liberdade de testar, se estriba na idéia de incumbir ao progenitor, que põe filhos no mundo, o encargo de provê-los com o necessário para sua manutenção. Por conseguinte, nada mais justo do que impedir, àquele que tem descendentes, a livre disposição de bens por testamento.

O direito brasileiro, seguindo a orientação da maioria das legislações, consagrou um sistema de limitada liberdade de testar. Com efeito, determina o art. 1.576 do Código que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade dos seus bens, pois a outra metade constitui a *legítima* ou *reserva* daqueles herdeiros.

Herdeiros necessários — dentro da vigente legislação brasileira — são os descendentes e os ascendentes^{12-B}. A lei concede, a esses sucessores, direito à metade do patrimônio do *de cujus*.

Assim sendo, se o testador não tiver descendentes, nem ascendentes, é irrestrita a sua liberdade de testar. Pode dispor de todos os seus bens por testamento, afastando, por conseguinte, de sua sucessão, o seu cônjuge e os colaterais (Cód. Civ., art. 1.725).

Se, entretanto, tiver descendentes, ou, à falta destes, ascendentes, sua liberdade de testar encontra restrição, pois a lei só lhe permite dispor da metade de seus bens. A outra metade constitui a reserva, ou legítima, dos herdeiros necessários.

As Ordenações do Reino (Liv. IV, Tít. 82) já consagravam o princípio da relativa liberdade de testar, ao determinar não poder o testador dispor de mais do que a terça parte dos seus bens, se tivesse descendentes, pois os outros dois terços de seu patrimônio constituíam a herança desses descendentes. A segunda parte do § 4º desse Título estendia referido direito aos ascendentes, ao prescrever:

12-B. Tanto o Anteprojeto ORLANDO GOMES (art. 785) como o Projeto de Código Civil de 1975 (art. 1.896) pretendem incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários.

“E nisso mesmo haverá lugar, quando o filho, ou neto, ou outro descendente falecer, e fizer testamento em cada uma das maneiras sobreditas, sem deixar descendentes, e tiver pai, mãe, ou outros ascendentes”.

A Lei Feliciano Pena — Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907 — reduziu a legítima de dois terços para a metade dos bens do testador, aumentando, por conseguinte, a quota disponível, de um terço para a metade de seu patrimônio. Com efeito, dispôs o art. 2º do aludido decreto:

“Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade de seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal”.

O Código Civil manteve a solução da Lei Feliciano Pena.

9. *Lugar em que se abre a sucessão.* — Dispõe o art. 1.578 do Código Civil que a sucessão se abre no lugar do último domicílio do falecido. Beviláqua, em comentário à regra, explica-lhe a razão, dizendo que a competência para presidir à liquidação da herança é a do juiz do último domicílio do *de cujus*, porque sob a sua jurisdição se achava o autor da herança, no momento em que a transmitiu por sua morte. E acrescenta que nenhum juiz terá melhores elementos para julgar as questões referentes à sucessão, sendo ainda conveniente aos herdeiros a unidade na liquidação da herança, o que só se pode obter no domicílio do falecido.

Aliás, no juízo do inventário serão decididas todas as questões relativas à sucessão. Essa é, de resto, a regra do art. 96 do Código de Processo Civil, que dispõe ser competente, para o inventário e partilha, o foro do domicílio do *de cujus*, bem como para todas as ações relativas à herança. Se o *de cujus* tinha vários domicílios, requerido o processamento de seu inventário em um deles, fixa-se a competência do juiz requerido, para processá-lo¹³.

13. PHILADELPHO AZEVEDO em voto vencedor no Supremo Tribunal Federal, abre exceção à regra de o inventário se processar no último domicílio do finado. Transcrevo trecho característico: “Se não existe qualquer bem do espólio no Rio, o inventário, aqui, envolverá verdadeiro artifício, porque todo o processo terá que ser deprecado a Campos e até o fisco do Distrito Federal nada perceberá. Ainda há pouco, mostrei, com o conflito anterior, que a circunstância de ser o único imóvel, também concorreria para julgar competente o juízo em que estivesse situado”, in *Repertório de Jurisprudência do Código Civil*, vol. cit., n.º 18.

Segundo a lição de Washington de Barros Monteiro (*Curso de Direito Civil — Direito das Sucessões*, 5ª ed., 6º vol., pág. 28) e de acordo com abundante jurisprudência citada por este eminente mestre, se o cônjuge do *de cujus* falece no curso do processo, o inventário deste último se processará conjuntamente com o do anteriormente falecido, em obediência ao princípio da conexão. A conexão ainda prevenirá a competência, em caso de falecimento de herdeiro sem outro bem além da quota hereditária no primitivo inventário^{13-A}.

A lei ainda prescreve que, se o autor da herança houver falecido no estrangeiro, será competente, para processar o inventário, o foro de seu último domicílio no Brasil. E na falta de domicílio certo, será competente o foro da situação do imóvel deixado pelo *de cujus*. E, em sua falta, o lugar do falecimento, se ocorrido no Brasil (Cód. Proc. Civ., art. 96 e parágrafo único).

10. *Da escolha do inventariante.* — O art. 1.579 do Código Civil e seus parágrafos relacionam as pessoas que devem ser nomeadas inventariantes, umas em falta das outras. Esta regra é completada pelo art. 990 do Código de Processo Civil, que a reproduz com mais pormenor. Estabelece este último dispositivo:

13-A. O Código de Processo Civil de 1939, não continha, a respeito, regra expressa, que constituísse, como diz o texto, torrencial orientação da jurisprudência. O novo Código de Processo, de 1973, consignou a regra, mas ao fazê-lo inseriu importante restrição, ao determinar que haverá cumulação ao inventário dos dois cônjuges, *se os herdeiros forem* comuns. Dispõe o novo diploma processual:

Art. 1.043. Falecendo o cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do premorto, as duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, se os herdeiros de ambos forem os mesmos.

§ 1.º Haverá um só inventariante para os dois (2) inventários.

§ 2.º O segundo inventário será distribuído por dependências, processando-se em apenso ao primeiro.

Na legislação anterior ao Código de 1939, encontrava-se o dispositivo do art. 887 do Código de Processo Civil do Estado de São Paulo, o qual, entretanto, para cumulação dos inventários dos cônjuges, não reclamava identidade dos herdeiros.

A inovação do diploma de 1973 é má e atua contra os princípios de economia e celeridade processual.

A meu ver, a interpretação correta da nova regra é a seguinte: quando os herdeiros forem os mesmos o inventário de ambos os cônjuges se processará necessariamente nos mesmos autos. Quando, entretanto, os herdeiros não forem os mesmos, por haver filhos de núpcias anteriores, o inventário se processará cumulativamente, se os tais herdeiros o quiserem.

Art. 990. O juiz nomeará inventariante:

I — o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II — o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge superstite ou este não puder ser nomeado;

III — qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;

IV — o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;

V — o inventariante judicial, se houver;

VI — pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial.

A primeira questão que se propõe é a de saber se a ordem aí fixada é inexorável, ou se pode o juiz alterá-la. A resposta mais cautelosa, em face das opiniões divergentes, é a de que deve o juiz, dentro do possível, obedecer à ordem legal, pois que, ao desatendê-la, fere direitos individuais, ou seja, direitos dos que forem preteridos na inventariança (Rev. dos Tribs., 114/66).

Na verdade a ordem legal não é inexorável. Havendo razões relevantes, pode o juiz deixar de segui-la; mas só deverá desatendê-la se as razões que o inspirarem forem efetivamente relevantes¹⁴.

Examino as principais hipóteses figuradas no dispositivo acima transcrito.

14. Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que diz: "A discórdia reinante entre os herdeiros é motivo que autoriza a alteração da ordem preferencial estabelecida pela lei civil para a nomeação de inventariante" (Rev. dos Tribs., 183/312). Na hipótese, o aresto ordenou ao juiz que nomeasse para a inventariança os testamenteiros, ou mesmo estranhos de sua confiança, em detrimento dos herdeiros, em virtude do litígio que se estabelecera entre estes.

Cf., também, acórdão do Tribunal de Minas Gerais, nestes termos: "Não pode ser nomeado inventariante o herdeiro que esteja obrigado a prestação de contas à herança" (Rev. Forense, 133/175).

A) O art. 1.579 do Código Civil deferia a inventariança ao cônjuge sobrevivente quando o regime do casamento fosse o da comunhão de bens, continuando aquele na posse da herança com o cargo de cabeça-de-casal, até a partilha.

O preceito, bem como a expressão cabeça-de-casal, são tradicionais no direito lusitano¹⁵ e decerto para ser fiel à tradição é que o legislador recorreu à referida locução.

Ensina Beviláqua (obs. 1 ao art. 1.579): *Cabeça-de-casal* é a pessoa que conserva a posse e administração da herança até a partilha. A expressão é sinônima de inventariança¹⁶. E acrescenta: "...o código reserva a designação — *cabeça-de-casal* — especialmente para o cônjuge sobrevivente, porque, antes da abertura da sucessão, em virtude do regime matrimonial dos bens, já lhe cabia a posse dos mesmos, e nela continua sem solução de continuidade, como chefe de família e como a pessoa mais competente para conhecer o patrimônio que se vai descrever e partilhar" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. VI, 8ª ed., Rio, 1953).

Realmente, entre outras razões, a inventariança é concedida ao cônjuge mesmo quando ele não é herdeiro, porque a lei o presume ao corrente dos negócios de seu consorte, de modo que lhe é mais fácil descrever e partilhar os bens que estão em sua posse e dos quais, até há pouco, por força do regime de bens, era ele condômino e co-possuidor.

Com efeito, a inventariança só lhe é deferida se o regime do casamento for o da comunhão de bens porque, no regime da comunhão, o cônjuge sobrevivente é condômino do patrimônio comum. Morto o consorte, tem aquele o direito à sua meação. Porém, a posse direta de todo o acervo ainda lhe remanesce nas

15. As Ordenações (Liv. 4, Tít. 95) já estabeleciam:

"Morto o marido, a mulher fica em posse e cabeça-de-casal, se com ele ao tempo da morte vivia, em casa teúda e manteúda, como marido e mulher; e de sua mão receberão os herdeiros do marido partilha de todos os bens, que por morte do marido ficarem, e os legatários os legados".

16. É também nesse sentido a lição de COELHO DA ROCHA: "Chama-se cabeça-de-casal a pessoa que está na posse e administração da herança e a quem os co-herdeiros vêm pedir as partilhas" (*Instituições de Direito Civil Português*, Rio, 1907, t. II, § 407).

mãos porque a metade a ser partilhada só se individualizará através da partilha. Ora, é de manifesta conveniência outorgar-lhe a posse jurídica da herança, atribuindo-lhe a condição de cabeça-de-casal.

Se o regime de bens for o da separação, falta um pressuposto para o cônjuge sobrevivente obter a inventariança. Todavia, se por acaso ostentar a qualidade de herdeiro, instituído ou legítimo, nada impede seja nomeado inventariante. Entretanto, neste caso, sua nomeação para a inventariança deriva do fato de ser herdeiro, e não da circunstância de ser cônjuge.

Prescrevia o Código Civil, seguindo a mesma esteira da legislação anterior, que se fosse a mulher o cônjuge sobrevivente, mister se fazia, para lhe ser deferida a inventariança, estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte.

A regra não oferecia dúvida em caso de desquite, ou de separação judicial. Todavia, muitos julgados, fugindo à letra da lei e em casos de separação de fato, deferiam à mulher a inventariança, aceitando a sua alegação de não lhe caber a culpa pela separação, que teria sido imposta pelo falecido marido. Essa importante corrente sustentava que, a despeito da rigidez do texto, não se podia tirar da mulher o direito de exercer a inventariança, desde que realmente não fosse ela culpada pela separação do casal (cf. Aresto nº 21 do Supremo Tribunal Federal, *in Repertório de Jurisprudência...*, cit., vol. I, e *Arquivo Judiciário*, 94/236).

A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação da mulher casada, pôs termo àquela questão. De fato, emendando o § 1º do art. 1.579 do Código Civil, a lei nova determinou que, para a mulher ser nomeada inventariante, será mister esteja vivendo com o marido ao tempo de sua morte, *salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela* ^{16-A}.

16-A. A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterou, também e no mesmo sentido, o art. 469, I, do Código de Processo Civil, de 1939. O Código de Processo Civil de 1973 ignorou essa importante inovação trazida pelo Estatuto da mulher casada e repetiu, em seu art. 900, a regra do Código anterior, em sua forma original. Esse é um dos muitos descuidos, derivados da pressa com que foi aprovado o novo estatuto processual. Entendo, entretanto, que a modificação trazida em 1962 prevalece e que o cônjuge sobrevivente será nomeado inventariante a menos que, por sua culpa, não esteja convivendo com seu consorte pré-morto.

A despeito, portanto, da separação de fato, a mulher casada pelo regime da comunhão é nomeada inventariante. Só perderá a inventariança se for provado ser ela culpada da separação. Tendo em vista a redação do texto, é óbvio que o ônus da prova incumbe a quem pretende impedir sua nomeação para o cargo de inventariante, ou a quem pretende destituí-la do mesmo.

Nesse sentido, a posição da mulher casada melhorou enormemente, pois, enquanto no regime anterior poder-se-ia entender que a mera separação de fato a afastava do cargo de inventariante, no atual, a despeito de separada de seu marido, tem direito a ser inventariante em caso de morte dele, salvo se ficar provada a sua culpa pela separação.

O novo Código de Processo Civil acabou qualquer discriminação contra a mulher, tratando-a em pé de igualdade com o marido, estabelecendo, no art. 990, I, que o juiz nomeará inventariante “o cônjuge sobrevivente casado sob regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste”.

Parece-me que a interpretação deste inciso deve-se considerar o problema da culpa pela separação. Se o cônjuge sobrevivente não estava convivendo com o pré-morto em virtude da separação pela qual não pode ser responsabilizado, tem direito à inventariança. Admitir outra exegese seria atribuir ao legislador o feio propósito de uma solução retrógrada.

B) Na falta de cônjuge sobrevivente, meeiro em bens, será nomeado inventariante o herdeiro que se achar na posse e administração dos bens da herança ¹⁷.

17. Este problema foi fiscalizado em acórdão do Tribunal do Rio de Janeiro in *Arquivo Judiciário*, 52/46. Como o julgado invoca a lição de muitos escritores brasileiros e portugueses, transcrevo a sua parte final:

“Na falta de cônjuge sobrevivente, o encargo de dar a descrição e partilha dos bens da herança, nos termos do art. 1.579, § 2.º, do Código Civil, incumbe ao co-herdeiro que se achar na posse corporal e na administração dos bens, isto é, ao co-herdeiro que vivia na companhia do *de cujus* (CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito das Sucessões*, § 106; COELHO DA ROCHA, *Direito Civil*, § 474; PEREIRA DE CARVALHO, *Proc. Orph.*, § 27, nota 158; Código Civil Português, 2.067), porque tem melhor razão de saber dos haveres do autor da herança e conhecer as qualidades e encargos dos bens, assim como os negócios do falecido para tudo descrever com inteira fidelidade e exatidão (cf. DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, ed. de 1895, vol. IV); ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito das Sucessões*, § 794; HERMENEGILDO DE BARROS, *Manual do Código Civil*, vol. XV, pág. 119; ASTOLPHO DE REZENDE, *Manual do Código Civil*, vol. XX”.

C) Se nenhum herdeiro estiver na posse dos bens, o juiz escolherá o mais idôneo.

Aqui a idéia de idoneidade não é apenas a de seriedade, de respeitabilidade, de pessoa cumpridora de seus deveres, mas também a de aptidão para o exercício do cargo (*Arquivo Judiciário*, 52/46). Se um dos herdeiros auxiliava o *de cujus* no trato de seus negócios, recebendo alugueres de prédios, dividendos de ações, juros de empréstimos etc., talvez seja ele o mais idôneo, para a inventariança.

É óbvio que, se a despeito de ostentar tais qualidades, tratar-se de pessoa de honestidade duvidosa, deve ser preterido na escolha para o cargo.

D) Na falta das pessoas acima mencionadas ou quando o testador lhe conceder a posse e a administração da herança, será nomeado o testamenteiro para a inventariança.

Testamenteiro é a pessoa encarregada pelo testador de lhe cumprir as disposições de última vontade (v. n.º 134 *infra*).

O legislador teve o cuidado de acentuar que a inventariança só caberá ao testamenteiro quando o testador lhe conceder posse e administração da herança, por não haver cônjuge ou herdeiro necessário. Havendo herdeiro da classe dos descendentes, ou dos ascendentes, ou havendo cônjuge, serão estes nomeados inventariantes, a despeito de haver testamenteiro universal, pois o testador não pode sacrificar a prerrogativa de tais herdeiros, privando-os da inventariança¹⁸.

11. *Indivisibilidade da herança para efeito de reclamá-la.* — A herança é uma universalidade *iuris*, e a lei, contemplando a hipótese de existirem dois ou mais herdeiros, declara que o direito dos mesmos, quanto à posse e ao domínio daquela, é indivisível até se ultimar a partilha.

De fato, o patrimônio e a herança são coisas universais (Cód. Civil, art. 57), e como tais, se pertencerem a mais de uma pessoa, cada um dos condôminos daquela universalidade é titu-

18. Em sentido contrário, cf. JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., São Paulo, 1959, 2.º vol., com. ao art. 469. Vide art. 990, n.º IV, do Código de Processo Civil de 1973.

lar de uma parte ideal do todo e jamais de qualquer dos bens individualizados que compõem o acervo. As regras que se aplicam à hipótese são as regras do condomínio. Isso equivale a dizer que (com a restrição imposta pelo art. 1.139 daquele Código) o condômino pode alienar a terceiro sua parte indivisa, ou seja, a fração ideal de que é titular; pode mesmo alienar uma parte alíquota de seu quinhão, mas não pode, jamais, alienar um bem que componha o acervo patrimonial ou hereditário, pois este bem é insuscetível de ser alienado por um dos condôminos sem o assentimento dos demais. Na hipótese de todos os proprietários desejarem fazer a venda de um bem, é a comunidade que procede à alienação e o preço recebido, até ser dividido entre os interessados, se sub-roga no lugar da coisa vendida, pelo princípio da sub-rogação real. *In iudicis universalibus res succedit in loco pretii et praetium in loco rei* (v. vol. I, n.º 53).

A indivisibilidade de que trata o inciso é imposta por lei e que dura até a sentença de partilha. Sua principal, se não exclusiva, consequência é a de gerar, na pessoa de cada herdeiro, a prerrogativa de reclamar a herança inteira, de quem quer que injustamente a possua, sem que esta pessoa possa defender-se alegando o caráter parcial do direito do reivindicante (Cód. Civ., art. 1.580, parágrafo único).

Em rigor, ao herdeiro só cabe parte da herança. Todavia, como a lei declarou indivisível o seu direito no respeitante ao domínio e à posse daquela universalidade, pode ele reclamá-la inteira, visto que a lei lhe dá legitimação para tanto.

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 individualizará por ocasião da partilha. Entretanto, como não é possível deferir-lhe a defesa de um quinhão ainda não individuado, a lei define como indivisível o seu direito e lhe concede a prerrogativa de reclamar a universalidade da herança.