

Paulo Lôbo

Direito Civil

Successões

volume 6

6ª edição
2020

saraiwa
jur



saraiwa
E D U C A Ç Ã O

saraiwa
P A S

Av. Doutora Ruth Cardoso, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC

sac.sets@somoseducacao.com.br

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CBB-8/7057

Lóbo, Paulo

Direito civil : volume 6 : sucessões / Paulo Lóbo. – 6. ed. –
São Paulo : Saraiwa Educação, 2020.

336 p.

Bibliografia

ISBN 978-85-536-1317-5 (impresso)

1. Direito civil – Brasil. 2. Direito das sucessões. I. Título.

19-1612

CDU 347(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito civil 347(81)

Direção executiva Flávia Alves Bravin
Direção editorial Renata Pascual Müller
Gerência editorial Roberto Navarro
Gerência de produção e planejamento Ana Paula Santos Matos
Gerência de projetos e serviços editoriais Fernando Penleato

Consultoria acadêmica Murilo Angeli Dias dos Santos

Planejamento Clarissa Boraschi Mana (coord.)

Novos projetos Melissa Rodriguez Arnal da Silva Leite

Edição Eveline Gonçalves Demardi (coord.)
Daniel Pavani Naveira
Estevão Bula Gonçalves

Produção editorial Fernanda Matias (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa

Arte e digital Mônica Landi (coord.)
Amanda Mota Loyola
Camilla Felix Cianelli Chaves
Claudrene de Moura Santos Silva
Deborah Mattos
Guilherme H. M. Salvador
Tiago Dela Rosa

Projetos e serviços editoriais Juliana Bojczuk Ferrinho
Kelli Priscila Pinto
Marília Cordeiro
Mônica Gonçalves Dias

Diagramação NSM Soluções Gráficas Ltda.
Revisão Adriana Baírada
Capa Casa de Ideias / Daniel Rampazzo
Produção gráfica Mail Rampim
Sérgio Luiz Pereira Lopes

Data de fechamento da edição: 1º-10-2019

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiwa.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiwa. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 605975 CAE 704944

Em homenagem aos juristas e amigos Giselda Hironaka e Zeno Veloso, por suas inestimáveis contribuições ao direito das sucessões brasileiro.

O ato de reabilitação deve ser expresso, revestido de formalidade para sua validade e eficácia. A reabilitação deve estar contida em testamento ou em outro documento autêntico. O testamento – público, particular ou cerrado – não necessita ser específico para tal fim, podendo a habilitação estar contida em manifestação indiscutível do testador, no sentido de que perdoou o ofensor, ou que não deseja que ele sofra restrição na herança. O “ato autêntico”, segundo o enunciado do Código Civil, art. 1.818, não precisa ser instrumento público, lavrado por notário, mas que seja escrito, inclusive em documento particular, revelando indiscutivelmente a vontade do ofendido em perdoar ou reabilitar o ofensor.

O ato de reabilitação é ato jurídico em sentido estrito, que produz efeitos com a declaração unilateral de vontade. Apenas está sujeito a questionamento de sua validade se se comprovar a existência de algum defeito do negócio jurídico, como o erro, o dolo, a coação.

Pode haver reabilitação parcial, em virtude de manifestação tácita do *de cuius*, quando tiver sido ele o ofendido e que denote o perdão ou desconsideração voluntária da ofensa. Dá-se quando o *de cuius* tiver deixado testamento contemplando o ofensor com determinados bens ou parte da herança, extraídos da parte disponível. Todavia, a reabilitação tácita limita-se aos bens e valores expressamente destinados no testamento ao ofensor, não se admitindo por esse meio a reabilitação total, até porque não foi esse o desejo do testador. Por esse meio, continua o herdeiro excluído do restante da herança.

9.7. Deserdção

A deserdação é ato voluntário do testador, desde que se enquadre em uma das causas previstas em lei. A deserdação vai contra os herdeiros necessários, mediante declaração de vontade do titular dos bens, porque quando não tiver familiares que a lei qualifique como herdeiros necessários, bastará que destine todos os seus bens a terceiros, excluindo os demais herdeiros legítimos (não necessários, como os parentes colaterais), mediante testamento. As causas da deserdação encerram-se em *numerus clausus*, da mesma forma que ocorre com as causas da exclusão do herdeiro por indignidade, para que não se deixe à discricionariedade do juiz a apreciação da exclusão da sucessão. No sentido amplo do termo, indignidade compreende todas as causas de exclusão legal e de deserdação voluntária. Se a causa referida pelo *de cuius* em testamento não se enquadrar em uma das legalmente previstas, não poderá ser considerada, ainda que possa ser tida como mais grave ou ofensiva que estas. Assim é porque a deserdação tem caráter de excepcionalidade, não podendo haver interpretação extensiva.

No Código Civil de 2002, a deserdação vem tratada no âmbito da sucessão testamentária. O testamento é apenas seu instrumento, mas a finalidade é a exclusão do herdeiro necessário, o que a conduz necessariamente à sucessão legítima. Apenas são deserdáveis os herdeiros necessários. Assim também pensa Zeno Veloso (2003, p. 311), que atribui o vínculo à sucessão testamentária à mera atração da forma, quando o que interessa é a substância.

Para a deserdação são necessários: a) que a declaração seja feita exclusivamente em testamento; b) que se funde em justa causa, das que a lei enumera; c) que essa causa seja expressamente declarada no ato de deserdação; d) que seja provada e julgada por sentença, com audiência do deserdado, que pode opor contestação e demonstrar a improcedência da imputação que lhe é feita (Clóvis Beviláqua, 2000, § 84).

No direito romano antigo, com a ampla liberdade de testar, para a deserdação, inclusive do filho, bastava que este não fosse contemplado no testamento. Não havia direito à herança, por parte dos herdeiros. Posteriormente, com a proteção legal da parte legítima dos herdeiros necessários, surgiu a deserdação, mas não precisava de causa ou fundamento. No direito moderno, a deserdação ressurgiu com necessidade de causa determinada e, no Brasil, com exigência de declaração em testamento, não sendo válidos outros documentos, ainda que públicos. A exigência de testamento, todavia, é apenas quanto à forma: não transforma a deserdação em instituto da sucessão testamentária, pois afeta os pressupostos da sucessão legítima, inclusive o da ordem de vocação, pois quem era herdeiro necessário deixa de o ser, suprimindo a legitimidade da vocação.

A deserdação depende de declaração expressa da causa ou das causas. A lei não exige que sejam utilizados termos jurídicos, mas a causa deve ser clara, não se admitindo que seja indicada tacitamente, ou de modo indireto, ainda que não haja necessidade de declinar a prova da conduta. Se o testador alude genericamente a condutas de quem poderá ser seu herdeiro necessário como indignas e ofensivas, ou se manifesta seu sentimento de ódio sem dizer claramente a causa, que possa ser confrontada com as hipóteses legais, essas declarações não fundamentam a deserdação.

A deserdação é ato complexo que pressupõe: I – enunciado do fato ou conduta, qualificável como causa de deserdação; II – declaração expressa de deserdar o herdeiro necessário; III – utilização de uma das formas legais de testamento; IV – prova da ocorrência da conduta e da causa, a ser feita pelos interessados, em juízo, após a abertura da sucessão.

Entre os herdeiros necessários, o Código Civil incluiu o cônjuge. Todavia, ao tratar da deserdação omitiu a referência às eventuais causas que possibilitariam

sua deserdação. Por se tratar de supressão do direito à herança, o silêncio da lei deve ser considerado eloquente, isto é, não pode haver deserdação do cônjuge, por ausência de causa legal. Não pode haver interpretação extensiva nessa matéria, buscando analogia com as causas de deserdação dos descendentes ou dos ascendentes. Para o cônjuge, portanto, são aplicáveis exclusivamente as causas legais de exclusão de qualquer herdeiro, por indignidade.

Por similitude com a exclusão do herdeiro por indignidade, são pessoais os efeitos da deserdação. O herdeiro necessário deserdado equipara-se ao excluído, não sendo contaminados os direitos de seus descendentes, que herdaram em seu lugar.

O único instrumento da deserdação é o testamento. Nenhum outro documento é idôneo para tal fim. A deserdação pode ser o único objeto do testamento, ou ser neste incluída. O testador, para deserdar seu herdeiro necessário, além do dever de indicar a causa, dentre as legalmente previstas, deve descrever o fato e suas circunstâncias, de modo a que, após sua morte e a abertura do testamento, possam os interessados na deserdação prová-la e o deserdado contestá-la, na ação própria, que corre paralelamente ao inventário judicial. Em face de a deserdação estar contida em testamento, o inventário apenas pode ser judicial.

Tendo em vista que o testamento serve apenas de forma para a deserdação, que suprime o direito à herança, se nova lei tiver suprimido a forma utilizada pelo testador prevalecerá sobre a antiga lei, tornando ineficaz a declaração de deserdação quando houver a abertura da sucessão, se, antes desta, o testador não a tiver referido de acordo com a forma testamentária nova. A declaração de deserdação, apenas contida em testamento, pode ser revogada por outro testamento.

Decidiu o STJ que foi acertada a interpretação do tribunal de origem, por entender que a causa invocada para justificar a deserdação constante de testamento deve preexistir ao momento de sua celebração, não podendo contemplar situações futuras e incertas (REsp 124.313).

98. Causas e Provas da Deserdação

O Código Civil indica as seguintes causas de indignidade, que permitiriam a deserdação dos descendentes, em testamento, além das causas de exclusão de herdeiro:

a) Ofensa física. Deve ser entendida como qualquer lesão grave ou leve sofrida pelo *de cuius*, em seu corpo, praticada pelo descendente. É a violação à integridade física. Como a lei não prevê o requisito de gravidade da ofensa física,

compreende qualquer lesão sofrida, mas deve o julgador aferir se, de acordo com as regras de experiência comum e dos padrões culturais existentes na comunidade onde habita o testador, ela é suficiente para merecer a rejeição social. Não é possível incluir empurros, brigas ou equivalentes, em situações de exaltações de ânimos e discussões, que podem ocorrer durante os relacionamentos entre familiares. Excluem-se também as ofensas físicas que resultarem de revide equivalentes e imediato a ofensas físicas do próprio testador. Devem ser, igualmente, desconsideradas as ofensas sem gravidade que ocorreram em momento muito remoto da vida dos familiares e que não mais se repetiram, porque o direito não é estuário de rancores ou ressentimentos acumulados ou de tardios sentimentos de vingança. Quem não pode ser punido criminalmente pelo ato invocado de ofensa física não pode ser deserdado.

b) Injúria grave. Essa causa já está contemplada entre as causas da exclusão do herdeiro, em qualquer grau e sem depender de manifestação em testamento. A injúria grave pode estar incluída no crime de calúnia. Para o ato de deserdação é necessária a justificativa da gravidade da injúria, feita pelo testador. Cabe à Justiça apreciar concretamente a gravidade da injúria. A injúria há de ter sido cometida diretamente pelo descendente, não servindo para a deserdação sua conduta de incitação a terceiro para cometê-la. O exercício normal do direito de ação, na busca da destituição do testador da condição de inventariante, no inventário dos bens deixados pela esposa deste, não autoriza a deserdação do herdeiro (STJ, REsp 1.185.122).

c) Relação sexual com o padrasto ou a madrasta. O *de cuius* deserda o próprio filho a ou filha que se relacionar sexualmente com seu cônjuge ou companheiro. Por se tratar de restrição de direito, deve compreender apenas o ato sexual consumado e provado. Não basta o assédio, o galanteio, o namoro, a declaração amorosa. Se a relação sexual teve origem em ameaça, ou fraude, ou sedução do padrasto ou da madrasta não pode servir de fundamento para a deserdação.

d) Desamparo do ascendente. São duas as hipóteses: alienação mental ou grave enfermidade do ascendente, em razão das quais o descendente sucessível se distanciou sem prestar-lhe os cuidados possíveis. O ascendente desamparado referido na lei é o próprio *de cuius*, pois alude o Código Civil, art. 1.962, a “do ascendente” e não a “de ascendentes”, o que alcançaria todos (o pai ou a mãe sobrevivente, os avós etc.). Quanto à alienação mental, apenas é possível que seja causa da deserdação se tiver sido revertida antes da realização do testamento, que supõe higidez mental do testador.

A remissão que a lei faz às mesmas causas de exclusão por indignidade deve ser interpretada com cuidado. A primeira causa de exclusão, que é de autoria ou

cumplicidade no homicídio do *de cuius*, dificilmente pode ser causa de deserdação, pois o morto não pode testar. Restaria a hipótese de tentativa de homicídio. A alúnia em juízo e o crime contra a honra podem abranger a injúria grave.

Qualquer dessas causas deve assentar em conduta ocorrida quando ainda era vivo o *de cuius*. A conduta constitutiva de justa causa deve preceder à morte, inclusive na hipótese em que, em tese, poderia acontecer posteriormente, a saber, a injúria grave. Não pode ser deserdado quem não possa ser penal ou civilmente imputável pela conduta, por não ter o necessário discernimento para a prática desses atos, ou capacidade delitual.

O Código Civil também autoriza a deserdação de ascendente do testador, igualmente em razão de ofensa física, ou de injúria grave, ou de relações sexuais com o marido, a mulher, companheiro ou companheira do neto ou neta daquele (filho ou filha do testador), ou de desamparo do filho testador ou do neto testador, para cujas causas aplicam-se as considerações equivalentes acima referidas.

A prova é ônus dos demais herdeiros necessários, porque são presumivelmente interessados na deserdação. Interessado é quem pode se beneficiar diretamente com a deserdação, não se tendo como tal o testamentário, que não seja herdeiro necessário, ou quem não possa ser chamado à sucessão, em virtude da deserdação. Tampouco é legitimado o Ministério Público. Se não houver outros herdeiros necessários, são interessados todos os demais herdeiros, a saber, os parentes colaterais até o quarto grau, ou, na falta destes, a Fazenda Pública municipal, distrital ou federal. Se nenhum herdeiro necessário ou legítimo se dispuser a provar a causa da deserdação, alegada e descrita pelo testador, ou não conseguir prová-la, ela não produzirá efeitos, devendo o herdeiro necessário, que seria deserdado, receber aquilo a que faria jus. A deserdação provoca a extinção do direito e não apenas sua restrição, o que torna exigente prova indiscutível, a ser produzida pelo interessado, de acordo com o fato e as circunstâncias descritas pelo testador, não sendo cabíveis indícios ou presunções.

Se há pluralidade de causas, basta a prova de uma delas. O deserdado tem de ser citado, para que possa impugnar a deserdação. O deserdado pode tomar a iniciativa e ajuizar ação impugnatória da declaração de deserdação.

A prova há de ser feita pelo interessado dentro do prazo de quatro anos, "a contar da data da abertura do testamento" (CC, art. 1.965). Esse prazo é decedencial, não se admitindo suspensão ou interrupção. Somente os interessados diretos na sucessão são legitimados ativos à ação e se esta não for ajuizada no prazo decadencial de quatro anos, "o que era herdeiro, embora indigno, não mais está exposto à impugnação" (Pontes de Miranda, 1972, v. 55, p. 121). Há equívoco ou restrição no texto da lei, pois apenas o testamento cerrado é sujeito à

abertura. O testamento particular e o testamento público já são abertos por suas características; estes, diferentemente do testamento cerrado, que tem conteúdo fechado, não estão sujeitos à abertura pelo juiz, mas à apresentação em juízo, para fins do inventário. De acordo com a legislação processual, o testamento cerrado é aberto e determinado o registro pelo juiz; no testamento público o juiz ordena seu cumprimento sem abri-lo ou registrá-lo; o testamento particular é confirmado pelo juiz, após ouvir as testemunhas. Assim, considerando que já estão abertos desde sua realização e que apenas produzem efeitos com a abertura da sucessão, a data desta deve ser considerada o termo inicial do prazo decadencial de quatro anos, para que se produza a prova da causa alegada da deserdação, quando o testamento for público ou particular.

A causa invocada para justificar a deserdação, constante de testamento, deve preexistir ao momento de sua celebração, não podendo contemplar situações futuras e incertas. Se a causa da deserdação não for admitida em juízo ou não tiver sido suficientemente comprovada, não constitui coisa julgada em relação à exclusão por indignidade, cuja ação pode ser ajuizada.

A consequência da deserdação, confirmada em juízo, em relação aos demais herdeiros, é a chamada dos descendentes do herdeiro necessário deserdado, que adquirem a respectiva parte da herança em seu lugar, em virtude do direito de representação. Se não tiver descendentes, sua parte da herança será acrescida aos demais herdeiros de idêntico grau ao seu (por exemplo, seus irmãos). Se for o único herdeiro e não tiver descendentes, a herança seguirá à ordem de vocação, a saber, os ascendentes, na falta destes aos parentes colaterais, na falta destes a Fazenda Pública; seu cônjuge ou companheiro não o substitui, porque não detém o direito de representação e o deserdado nada herdou.

9.9. Inconstitucionalidade da Deserdação

Há crítica doutrinária antiga, que perfilhamos, à pertinência da deserdação, que consiste em legitimar poder excessivo e discricionário do testador para afastar por ato de vontade pessoal seu herdeiro legítimo, ainda que contido em causas predefinidas pela lei. O móvel quase sempre não é elevado, mas derivado de sentimentos menores ou punitivos. As causas de exclusão configuram o elenco de hipóteses longamente assentadas e suficientes para afastar o herdeiro, sem depender do ato de vontade do testador, tornando a deserdação dispensável para tal fim. A deserdação fazia sentido quando o direito das sucessões tinha como princípio a vontade quase soberana do testador, segundo modelo legado pelos antigos romanos. A deserdação, por ato de vontade do testador, como modo de

exclusão do direito à herança, não é admitida em outros ordenamentos jurídicos, como se vê no Código Civil italiano, que apenas trata da indignidade, subordinada às causas legais, muito próximas às do direito brasileiro.

Em face do princípio constitucional da primazia do direito à herança, assegurado pela Constituição, a manutenção da faculdade de deserdação no Código Civil incorre em inconstitucionalidade. O direito à herança dos herdeiros necessários não pode ficar submetido à decisão discricionária do testador, ainda que limitada ao enquadramento em uma das causas previstas na lei. Note-se que a deserdação atinge os direitos dos herdeiros que são merecedores de proteção legal especial, daí serem denominados necessários, sendo-lhes assegurada a intangibilidade da metade legítima, principalmente em face do testador. A deserdação rompe a barreira de proteção legal tornando-a maleável à vontade do testador. O direito à herança surgiu na Constituição para tornar a sucessão legítima prioritária, notadamente a necessária, não podendo ser suplantada pela sucessão testamentária ou desafiada pela vontade do testador. As causas de exclusão, previstas no Código Civil, art. 1.814, não dependem, para sua concreção, de testamento ou da vontade do testador, pois a lei determina que “são excluídos da sucessão” quem comete alguma das quatro condutas ali previstas, porque elas são incompatíveis com o direito à herança. Portanto, é abundante e desnecessária a regra do Código Civil, art. 1.961, que prevê podem os herdeiros necessários ser privados ou deserdados de sua legítima “em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”.

Se o magistrado não se convencer da inconstitucionalidade da deserdação, apesar dos argumentos que procuramos demonstrar, máxime por violar o direito constitucional à herança, deve imprimir-lhe interpretação estrita. Na dúvida, deve prevalecer o direito à herança do herdeiro necessário e não a vontade do testador.

CAPÍTULO X

Successão Testamentária em Geral

Sumário: 10.1. Sucessão testamentária. 10.2. Testamento. 10.3. Outras finalidades patrimoniais e extrapatrimoniais do testamento. 10.4. Capacidade e legitimidade para testar. 10.5. Legitimidade para suceder por testamento. 10.6. Testamento. 10.7. Invalidez do testamento. 10.8. Mudança das circunstâncias do testamento. 10.9. Interpretação do testamento. 10.10. Testemunhas testamentárias. 10.11. Substituição do herdeiro ou legatário. 10.12. Fideicomisso. 10.13. Hipóteses de caducidade do fideicomisso. 10.14. Revogação do testamento. 10.15. Rompimento ou ruptura do testamento.

10.1. Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária é a que se dá em observância às declarações de vontade expressas deixadas pelo *de cuius*, nos limites e em documentos formais admitidos pela lei.

Na tradição de alguns povos é a modalidade de sucessão hereditária preferencial. No Brasil, teve sempre utilidade secundária e residual, não penetrando nos hábitos da população, como se vê na imensa predominância da sucessão legítima nos inventários abertos. São fatores desse pouco uso as exigências formais que a lei impõe aos testamentos, o custo destes e a aceitação social das regras legais da sucessão legítima. É imenso o fosso entre a preferência da doutrina jurídica especializada pela sucessão testamentária e a realidade social brasileira. Em seu grandioso *Tratado de Direito Privado*, Pontes de Miranda dedica um dos tomos à sucessão legítima e quatro, à sucessão testamentária. Porém, em correspondência ao sentimento coletivo de apreço à sucessão legítima, fundada no princípio da igualdade entre os herdeiros, a Constituição (art. 5º, XXX) elevou o direito à herança ao *status* de direito fundamental. São dois os fins sociais principais da norma constitucional: o de impedir que o legislador infraconstitucional suprima totalmente esse direito e o de garantia de sua aquisição pelos herdeiros.

O testador exerce sua autonomia ou liberdade de testar de modo limitado quando há herdeiros que a lei considera necessários. Nesta hipótese, que é a mais