

# Apontamentos sobre a evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro

*Mauro Antonini*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## 1. Introdução

Pretendeu-se neste artigo apresentar algumas reflexões sobre a evolução e o atual estágio do direito das sucessões brasileiro, especialmente a partir de estudos e análises que tivemos oportunidade de realizar na elaboração de dissertação de mestrado com o título “Sucessão Necessária”, defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2013, sob orientação do professor Cláudio Luís Bueno de Godoy.

## 2. Perfil do direito das sucessões: a contraposição entre sucessão testamentária e sucessão necessária

### 2.1. Classificações fundamentais na estruturação do direito das sucessões

No Código Civil brasileiro, o direito das sucessões é estruturado especialmente a partir de distinções derivadas de duas classificações fundamentais. A partir das distinções decorrentes dessas classificações, a lei estabelece diferentes efeitos ao fenômeno sucessório. São as classificações que levam em conta:

- a) a fonte da designação sucessória, isto é, a fonte a partir da qual são definidos os *sujeitos* beneficiários da transmissão hereditária, e é a que distingue *sucessão legítima* e *sucessão testamentária*;
- b) e a segunda classificação distingue a sucessão a partir do *objeto* recebido pelos sucessores, composta pelas espécies *sucessão a título universal* e *sucessão a título singular*.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Piracicaba – SP. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Coautor do *Código Civil comentado*, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, Editora Manole, 11ª ed.

## 2.2. Deficiência sistemática do Código Civil de 2002 na disciplina da sucessão necessária

Na primeira dessas classificações, o Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade, em nosso entender, de promover uma atualização didática importante. Ao preservar basicamente a mesma estrutura de organização dos temas do Código de 1916, manteve obscurecida uma subclassificação importante que se depreende do sistema, mas que não é claramente explicitada. Pois, na classificação das fontes da designação sucessória, representada pelas espécies *sucessão legítima* e *testamentária*, o Código não deixa claro ao intérprete que a espécie *sucessão legítima* é composta, na realidade, por duas subespécies, as quais denominamos *sucessão intestada* e *sucessão necessária*.

No direito português, por exemplo, o Código Civil de 1966 expressamente estabelece em seu art. 2027º que a espécie *sucessão legal*, que corresponde à nossa *sucessão legítima*, é subdividida em *sucessão legítima* (que chamamos de *sucessão intestada*) e *sucessão legitimária* (que denominamos *sucessão necessária*). Emprega-se, em Portugal, a expressão *sucessão legitimária*, porque lá os herdeiros necessários são chamados de *legitimários*. E o Código Civil português trata dessas subespécies de *sucessão legal* em títulos separados, um deles específico para a *sucessão legitimária*, aglutinando nesse título os temas que dizem respeito mais de perto a essa fundamental modalidade sucessória.

No Código Civil brasileiro de 2002, em nosso ponto de vista, perdeu-se a oportunidade de fazer o mesmo. O resultado é que os temas relacionados à *sucessão necessária* estão dispersos pelo código, na maioria em meio ao livro do direito das sucessões, espalhados pelos títulos que compõem esse livro, havendo ainda importante instituto de *sucessão necessária*, em nosso entender, objeto do art. 1.700, no livro do direito de família. O Código não explicita a existência dessa subdivisão na *sucessão legítima* e não atribui nome próprio à *sucessão intestada* e à *sucessão necessária*, como se fossem parte do mesmo fenômeno sem clara distinção, quando, na verdade, embora em ambas os sucessores sejam designados diretamente pela lei, sendo esse o ponto em comum entre elas, tornando-as subespécies de *sucessão legítima*, a *sucessão intestada* e a *sucessão necessária* são distintas em todos os demais aspectos, ou seja, quanto aos sujeitos beneficiários, ao objeto transmitido, aos fundamentos que as justificam e à natureza das normas que as regem.

Essa grave dispersão dificulta sobremaneira a visão de conjunto da *sucessão necessária*, fundamental fenômeno sucessório, levando

muitos a crer que ainda se trata de matéria restrita à disciplina dos herdeiros necessários e da legítima, sem que se perceba a importante evolução ocorrida ao longo da vigência do Código de 1916, consolidada e ampliada pelo Código de 2002, mas que está em grande parte obscurida por conta da deficiente organização legal.

Essa deficiência sistemática é prejudicial não só à visão de conjunto da sucessão necessária, mas por ser matéria que se contrapõe e acaba por definir o espaço remanescente de liberdade e autonomia privada do autor da herança, afeta seriamente a percepção do perfil contemporâneo da sucessão testamentária. Voltaremos a essas questões logo adiante, tornando mais claro o que foi acima afirmado.

### 2.3. Origens da sucessão testamentária e a da sucessão necessária

Antes disso, para melhor compreensão do que se vai analisar adiante, convém fazer rápida digressão sobre a evolução do direito das sucessões no direito romano. O testamento teria surgido porque havia necessidade de um continuador do culto dos lares, alguém a dar continuidade à estirpe, sob pena de grande desonra. Quem não possuía descendência tinha de recorrer à adoção ou, então, instituir o continuador da estirpe por testamento. O testamento servia no início para essa finalidade, como se fosse, por assim dizer, hipótese de adoção póstuma<sup>2</sup>.

No princípio, os bens eram coletivos, da família, e o chefe familiar seu gestor. O testamento servia à nomeação de novo chefe familiar, sem sentido patrimonial. Na evolução em direção à propriedade privada, com o passar do tempo os bens da família passaram a ser bens do chefe familiar, do *pater familias*, e o testamento, então, passa a servir para disposições patrimoniais. Apesar de divergências interpretativas quanto à época, admite-se, de modo geral, que por volta do século III a.C. já havia essa plena liberdade testamentária.

Nessa mesma época, passa-se a admitir deserdação por testamento, de descendentes considerados inidôneos para assumir a chefia da família. A deserdação era exercida com ampla liberdade pelo autor da herança e a explicação para isto é que, sendo Roma, na época, pequena

---

<sup>2</sup> Cf. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 170-171. GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 45. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 121-130.

cidade, com pessoas de vida austera, havia plena confiança no discernimento do chefe familiar, no sentido de que não descuraria de seus familiares, ou seja, sempre agiria com responsabilidade, só deserdando quando houvesse motivo relevante, justo. Com o desenvolvimento de Roma, relaxamento dos costumes etc., passam a ocorrer deserdações injustas, desarrazoadas. Passa-se a desconfiar do *pater familias* e, assim, institui-se a possibilidade de controle judicial das disposições testamentárias. Esse amplo poder discricionário confiado ao órgão judicial passa, em momento seguinte, a ser objeto de desconfiança pela falta de critérios, o que leva a nova evolução, instituindo-se por lei limites fixos à liberdade testamentária<sup>3</sup>.

#### 2.4. Fundamentos valorativos da sucessão testamentária e da sucessão necessária

Essa evolução no direito romano bem ilustra algo que se intui do sistema sucessório, isto é, que o perfil do direito das sucessões em dado ordenamento é resultado principalmente da contraposição entre sucessão testamentária e sucessão necessária. A depender do grau de liberdade testamentária ou de proteção imperativa derivada da sucessão necessária, estabelece-se sistema de equilíbrio ou de maior ou menor prevalência de uma dessas modalidades sucessórias.

Na realidade, o direito das sucessões cumpre uma função mais essencial e básica, comum a todos os ordenamentos que reconhecem um mínimo de propriedade privada, que é a de assegurar que haja novo titular para as relações jurídicas transmissíveis deixadas pelo de *cujus*, não importando quem seja esse sucessor. O fundamental é que haja alguém titular do ativo transmitido e que possa responder, com o ativo recebido, pelos débitos também transmitidos pela morte. Essa função mais essencial é cumprida por uma das modalidades sucessórias, a sucessão intestada. À falta de testamento, a lei comparece em caráter supletivo para suprir a falta de designação de sucessores pelo autor da herança. É certo que na sucessão intestada estabelece-se a chamada ordem da vocação hereditária, sucedendo preferencialmente familiares mais próximos do autor da herança, mas a função primordial dessa modalidade sucessória não é de proteção familiar, e sim assegurar que haja sucessor, não importando tanto quem seja, o que fica evidente pela possibilidade de serem herdeiros colaterais de até quarto

<sup>3</sup> GALLARDO, Aurelio Barrio, cit., 2012, p. 48-88, 114, 157-158 e 198.

grau, em relação aos quais o autor da herança poderia não ter nenhum vínculo afetivo, ou até mesmo pode ser que nem os conhecesse. Mais evidente, ainda, quando, não havendo nem mesmo colaterais desse grau, a herança é considerada jacente, tornando-se depois vacante e é incorporada pelo Poder Público.

Essa função mais elementar cumprida pela sucessão intestada, de assegurar que haja sucessor não importando quem seja, não revela valorações, nem define o perfil concreto do direito das sucessões. Esse perfil, desvelando opções valorativas pela lei, é dado pela contraposição entre sucessão testamentária e necessária.

A sucessão testamentária representa expressão, no direito das sucessões, dos valores representados pela autonomia privada e pela propriedade individual, admitindo-se projeção do direito de propriedade para além da morte do proprietário, podendo reger sua sucessão hereditária com base na autonomia privada, decidindo quem serão seus sucessores, o que caberá a cada um deles e a que título sucederão, se a título universal, como herdeiros, ou a título particular, como legatários.

A sucessão necessária, por sua vez, representa especialmente o valor derivado da solidariedade familiar, reconhecendo-se que, em relação a determinadas pessoas próximas, o autor da herança tem um dever de solidariedade de tal intensidade que deve projetar efeitos para além de sua morte, a impedi-lo de excluí-los da sucessão, motivo pelo qual a lei lhes assegura um espaço delimitado de proteção sucessória imperativa, passível de exclusão somente nas hipóteses restritas, tipificadas e excepcionais de indignidade e deserdação.

### **3. A evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro**

Quais teriam sido então as opções valorativas da lei brasileira? Qual o grau de liberdade testamentária e o de proteção imperativa adotados pela lei brasileira? Qual o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro, considerando-se essa contraposição entre sucessão testamentária e sucessão necessária?

#### **3.1. Código Civil de 1916**

No direito brasileiro anterior ao Código Civil de 1916, a liberdade testamentária era restrita à chamada terça disponível, resguardando-se

aos herdeiros necessários os dois terços restantes. O projeto de Clóvis Bevilacqua, mantinha a terça disponível, mas foi alterado, resultando no sistema do Código de 1916, estabelecendo-se que o autor da herança, tendo herdeiros necessários, poderia dispor de metade de seu patrimônio, por doações ou testamento, resguardada aos herdeiros necessários a chamada legítima, a metade indisponível. Embora o projeto previsse a inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários, no texto aprovado remanesceram como tais somente os descendentes e os ascendentes. A legítima, correspondente à metade indisponível, não se alterava a depender da classe do herdeiro necessário, isto é, se descendente ou ascendente, nem tampouco se modificava em razão do número de herdeiros necessários, não importando, por exemplo, se o de *cujus* havia deixado um ou vários filhos.

### 3.2. O Estatuto da Mulher Casada

Esse quadro sofreu fundamental alteração a partir do Estatuto da Mulher Casada – EMC, a Lei 4.121/62, pelo qual, mediante introdução dos §§ 1º e 2º ao art. 1.611 do Código de 1916, foram instituídos dois novos direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente em caráter alternativo, ou seja, ou o *direito real de habitação* ou o *usufruto viual*. Contemplou-se o cônjuge supérstite, casado pela comunhão universal, com o direito real de habitação no imóvel residencial familiar, desde que o único dessa natureza a inventariar. E o cônjuge casado por regime diverso da comunhão universal, com o chamado usufruto viual, de um quarto da herança na concorrência com os descendentes, de metade na concorrência com os ascendentes.

O direito real de habitação foi instituído para assegurar ao cônjuge o direito de permanecer residindo no imóvel familiar enquanto permanecesse viúvo, evitando-se que, pela instituição de condomínio com os descendentes ou ascendentes, pudesse ser desalojado em razão de pleito de extinção de condomínio. Diante dessa finalidade, seria contrassenso admitir que esse direito pudesse ser excluído por testamento, de modo que se tratava de hipótese de sucessão necessária. Mais do que isso, era direito hereditário que recaía não sobre universalidade, mas sobre bem singularmente considerado, o imóvel familiar desde que o único dessa natureza a inventariar, ou seja, era hipótese de sucessão a título particular, de legado, derivado diretamente da lei, não de testamento. O direito real de habitação, em suma, significou a criação, no direito brasileiro, pela primeira vez, de hipótese do que poderíamos denominar legado

legal necessário. O cônjuge era contemplado com esse direito na condição de legatário necessário. Desde então, o legado deixou de ser figura exclusiva da sucessão testamentária. Na sucessão necessária, ao lado dos herdeiros necessários, embora a lei não empregasse essa denominação, passou a existir a figura do legatário necessário.

Em relação ao usufruto viual, a lacônica disciplina legal deu margem a diversas correntes interpretativas sobre a delimitação desse instituto<sup>4</sup>, mas, dentre elas, a que nos parece mais adequada é a de que era direito para assegurar a subsistência do cônjuge e, portanto, que não poderia ser afastado por testamento. Em consequência, segundo esse ponto de vista, a partir do EMC, o cônjuge teria se tornado herdeiro necessário em usufruto viual. Para assegurar a coerência do sistema, uma vez que o cônjuge casado pela comunhão universal não tinha direito a esse usufruto, em nosso entender era preciso ressaltar que o usufruto viual só recaía sobre bens particulares deixados pelo de *cujus*, pois, em relação aos bens comuns, o cônjuge sobrevivente já estava protegido pela meação. Essas alterações do EMC promoveram profundas modificações no sistema, alterando substancialmente a ordem da vocação hereditária. O art. 1.603 do Código de 1916, que contemplava a ordem da vocação hereditária, não foi alterado em sua redação, não foi efetuada a adaptação nessa norma, mas na essência a ordem da vocação hereditária foi profundamente modificada e passou a corresponder ao seguinte esquema, à seguinte ordem preferencial:

I – na primeira posição continuaram os descendentes sucedendo em propriedade plena, mas em concorrência com o cônjuge casado por regime distinto da comunhão universal, este em usufruto viual de um quarto, usufruto que recaía somente sobre os bens particulares, ficando os descendentes, em relação a este um quarto, com a nua propriedade. Se o cônjuge era casado pela comunhão universal, a concorrência com os descendentes dava-se mediante concessão ao cônjuge do direito real de habitação, caso houvesse sido deixado imóvel residencial, desde que o único dessa natureza a inventariar, direito limitado à permanência da viuvez, recebendo os descendentes, quanto a este imóvel, a nua propriedade;

II – na segunda posição, ao lado dos ascendentes, o cônjuge, nas mesmas condições acima, poderia concorrer em usufruto viual, neste caso de metade e não um quarto, recaindo somente sobre os bens particulares, ou com direito real de habitação;

<sup>4</sup> Para um resumo das várias correntes, confira-se: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 91-93.

III – na terceira posição, permaneceu o cônjuge sobrevivente recebendo a integralidade da herança, não importando o regime de bens de casamento. Mas passou a haver particularidade importante que é o fato de ter se tornado herdeiro necessário em usufruto viudal na concorrência com descendentes e ascendentes. Herdava-se, necessariamente, o usufruto nas duas primeiras posições, seria incoerência que, não havendo descendentes e nem mesmo ascendentes, pudesse ser alijado inteiramente da sucessão. Por coerência, era preciso reconhecer que, à falta de descendentes ou ascendentes, o cônjuge era herdeiro necessário em usufruto viudal de metade, em condições de igualdade com o que receberia necessariamente na concorrência com os ascendentes (item II supra), sob pena de grave antinomia sistemática. Igualmente, quanto ao direito real de habitação, cuidando-se de legado legal necessário, caso o autor da herança tivesse disposto de sua meação sobre esse imóvel por testamento, ou mesmo a totalidade do imóvel caso fosse bem particular dele, era preciso resguardar da disposição testamentária o direito real de habitação, hipótese de sucessão necessária;

IV – na quarta posição, não houve alteração, mantendo-se os colaterais até o quarto grau; e, não havendo colaterais até este grau, a herança era incorporada pelo Poder Público.

### 3.3. O legado legal necessário de alimentos

Na sequência da evolução do direito sucessório brasileiro, novidade importante decorreu da Lei do Divórcio, Lei 6.515/1977, cujo art. 23, alterando radicalmente o que previa o art. 402 do Código de 1916, passou a dispor que o dever de prestar alimentos se transmitia aos sucessores do devedor. A previsão desse art. 23 causou celeuma interpretativa, resultando em três correntes doutrinárias:

- a) uma que negava todo efeito ao artigo, voltando-se à previsão do art. 402, segundo o qual essa obrigação não se transmitia por morte;
- b) uma segunda corrente, a mais liberal, admitindo a transmissão de toda e qualquer obrigação alimentar;
- c) e a última, corrente intermediária, a que acabou prevalecendo na doutrina e na jurisprudência, admitindo a transmissão da obrigação alimentar entre cônjuges, ou entre os pais e os filhos do casamento desfeito, uma vez que o art. 23 era norma relacionada à separação e ao divórcio, mantida a vedação de

transmissão para a obrigação alimentar entre os demais parentes, preservada, quanto a estes, a intransmissibilidade do art. 402 do CC/16.

Nessa posição prevalecente, havia uma série de restrições à incidência da norma (a obrigação alimentar deveria existir ao tempo da abertura da sucessão, ficava limitada às forças da herança etc.). Havia algumas opiniões no sentido de que o pagamento de alimentos transmitidos em razão do art. 23 poderia consumir toda a herança na fase de pagamento das dívidas do espólio, nada restando para ser partilhado entre herdeiros, nada para eventuais legatários, o que resultava em receio de aceitar a aplicação dessa norma. Mas tal afirmação decorria de equívoco, pois não se tratava de dívida do espólio a ser paga para apuração da herança líquida, mas constituía legado legal necessário, ou seja, era integrante da própria herança em sentido amplo, ou seja, pagavam-se as dívidas, o que sobrasse seria a herança líquida, sobre a qual recairia o legado legal de alimentos cujo arbitramento dependeria das forças da herança, podendo ser negado se a herança líquida não bastasse para instituição de alimentos, ou caso comprometesse a parte disponível e ainda pudesse atingir a legítima de herdeiros necessários, especialmente quando a legítima, na situação concreta, desempenhasse papel alimentar em face dos herdeiros necessários etc. Em outras palavras, havia uma série de temperamentos na fixação dos alimentos derivados desse legal necessário, preservando-se outros centros de interesse sucessório, após criterioso juízo de ponderação. Ainda sobre o receio de oneração da legítima de herdeiros necessários com o pagamento dos alimentos, era preciso observar os títulos sucessórios para estabelecer escala preferencial entre aqueles que seriam onerados, de modo que, em princípio, seria atingida a parte disponível e só em casos remotos, nos quais a legítima não desempenhasse papel alimentar, seria possível onerá-la com o legado de alimentos e isto depois de juízo de ponderação a respeito dos valores em jogo.

Essa previsão da Lei do Divórcio implicou alteração importante no direito das sucessões, pois a transmissão da obrigação de prestar alimentos se dava por direta determinação legal. O beneficiário era contemplado com esse direito de crédito, similar ao legado de alimentos cuja instituição se admitia por testamento (CC/16, art. 1.687). Tratava-se, portanto, de direito hereditário de crédito, que recaía sobre algo específico, que era esse crédito de alimentos, inafastável por testamento, segundo nosso entender, cuidando-se, em suma, de um legado legal necessário de alimentos. Era hipótese de legado, embora

o artigo a isso não fizesse referência, legado previsto não no livro do direito das sucessões, mas no do direito de família<sup>5</sup>.

### 3.4. O legado legal necessário de créditos da Lei 6.858/1980

Outra novidade importante foi a previsão da Lei 6.858/1980 de que determinados créditos (saldos salariais, FGTS, PIS/PASEP, restituição de imposto de renda e saldos bancários de até 500 OTNs) não seriam mais pagos aos sucessores da ordem da vocação hereditária do Código Civil, e sim aos dependentes previdenciários do *de cuius*. Tratava-se, igualmente, de direito hereditário, derivado diretamente da lei, recaindo sobre créditos específicos e que, pela finalidade legal de proteção de dependentes previdenciários do autor da herança, não poderia ser afastado por testamento, ou seja, instituiu-se mais uma hipótese de legado legal necessário, tendo por objeto esses créditos.

### 3.5. A Constituição de 1988

Na cronologia de avanços no direito das sucessões, sobreveio a Constituição de 1988, conferindo tutela jurídica a outras formas familiares e não mais somente às constituídas pelo casamento, com realce à união estável. Seguiu-se a regulamentação infraconstitucional pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, incluindo a sucessão hereditária, colocando-se o companheiro sobrevivente na terceira posição da ordem da vocação hereditária, equiparando-o ao cônjuge, concedendo-lhe, ainda, direito real de habitação e usufruto viual. Sobre o alcance dessas previsões legais, corrente doutrinária passou a defender que, pelo teor dessas duas leis, o companheiro poderia ser contemplado simultaneamente com o direito real de habitação e com o usufruto viual e, como essa cumulação até então não era admitida ao cônjuge, era de se assegurar a partir da Lei 9.278 a possibilidade de contemplação do cônjuge com estes dois direitos, para que não ficasse em posição de inferioridade em relação ao companheiro<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Todos esses aspectos e outros mais sobre o legado legal de alimentos, instituído pelo art. 23 da Lei do Divórcio, reproduzido depois no art. 1.700 do Código Civil de 2002, foram tratados em minúcias na referida dissertação de mestrado: ANTONINI, Mauro. *Sucessão necessária*. Dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo, 2013, orientação do professor Cláudio Luís Bueno de Godoy.

<sup>6</sup> Sobre as várias correntes doutrinárias, inclusive essa mencionada, defendida por João Batista Vilela a Marco Aurélio Sá Viana, confira-se: NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 147-154.

### 3.6. O direito real de habitação em favor por filho portador de deficiência

Por fim, a Lei 10.050/2000 promoveu alteração no CC/16, incluindo o § 3º a seu art. 1.611, criando o direito real de habitação em favor do filho portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho.

### 3.7. O Código Civil de 2002

Nova e importante etapa evolutiva ocorreu com o Código Civil de 2002.

O usufruto viual foi extinto, substituído pela concorrência do cônjuge não mais em usufruto, mas em propriedade plena, com descendentes, na primeira posição da ordem da vocação hereditária, ou com ascendentes, na segunda.

A concorrência do cônjuge com descendentes passou a depender do regime de bens do casamento, ou, mais precisamente, extraíndo-se a regra por trás do inc. I do art. 1.829, na concorrência de cônjuge com descendentes separam-se de um lado os bens comuns deixados pelo *de cujus*, nos quais o cônjuge já está protegido pela meação, partilhando-se a outra metade exclusivamente entre os descendentes, sem concorrência com o cônjuge; e, de outro lado, separam-se os bens particulares, que pertenciam exclusivamente ao *de cujus*, sem comunicação com o cônjuge, em relação aos quais se estabelece a concorrência entre o cônjuge e descendentes, na proporção prevista no art. 1.832.

Após intensa polêmica doutrinária e jurisprudencial, se o cônjuge concorreria com descendentes se casado pela separação convencional de bens, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que concorre mesmo casado nesse regime e, ainda, que se trata de concorrência inafastável<sup>7</sup>. Essa concorrência necessária do cônjuge casado por separação total convencional de bens acarreta, porém, uma série de problemas, motivo pelo qual, em trabalho anterior, defendemos alteração dessa orientação jurisprudencial, mantendo-se a concorrência do casado pela separação convencional, mas com a possibilidade de exclusão da concorrência caso os cônjuges assim deliberem consensualmente, no pacto antenupcial ou após, por alteração do regime de bens<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> AR no EREsp 1.472.945, rel. Min. ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, j. 24.06.2015.

<sup>8</sup> Sobre a polêmica da concorrência do cônjuge casado por separação total com os descendentes e sobre os motivos dessa proposição, cf.: ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Org.). Código Civil comentado. 11. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 2126-2129.

Ainda, aplicável a referida regra geral que se se extrai do inc. I do art. 1.829, há concorrência do cônjuge com descendentes mesmo na comunhão universal de bens, se houver nesse regime bens particulares nas hipóteses do art. 1.668 do Código Civil<sup>9</sup>.

Esse inc. I exclui da concorrência com os descendentes o cônjuge casado por separação obrigatória de bens, mas entendemos ser necessário fazer uma ressalva, pois se trata de regime que visa proteger um ou ambos os cônjuges, como no caso da menor que casa grávida com suprimento de idade, ou do maior de 70 anos, e estes que são os protegidos devem poder concorrer com os descendentes, sob pena de grave incoerência do sistema, pois, do contrário, seriam prejudicados em razão de norma que visava protegê-los<sup>10</sup>.

Na concorrência com ascendentes, não há no inc. II do art. 1.829 as mesmas ressalvas quanto ao regime de bens, de modo que o cônjuge concorre indistintamente nos bens comuns e particulares, nas proporções previstas no art. 1.837.

O direito real de habitação, que era concedido somente ao casado pela comunhão universal, foi estendido a todos os regimes de bens. Embora não tenha sido reproduzida a ressalva da duração desse direito real à permanência da viuvez, entende-se que essa limitação temporal subsiste, pois o direito real de habitação é projeção, para além da morte, do vínculo familiar que havia entre os cônjuges e, se o sobrevivente se casa novamente ou constitui união estável, o vínculo anterior se desfaz, fazendo extinguir o direito real<sup>11</sup>.

O cônjuge foi promovido expressamente à condição de herdeiro necessário, não mais em usufruto, mas em propriedade plena.

O art. 1.700, no livro do direito de família, manteve a previsão do art. 23 da Lei do Divórcio, subsistindo o legado legal necessário de alimentos.

O Código de 2002 não revogou a Lei 6.858/1980, preservando-se, assim, o legado legal necessário dos créditos nela contemplados.

Esqueceu-se, porém, de transplantar para o novo código o direito real de habitação do filho portador de deficiência, tendo sido, portanto, suprimido.

<sup>9</sup> Nesse sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de, *Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2003, v. XVIII, p. 224; e OLIVEIRA, Euclides, *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 109.

<sup>10</sup> Cf. ANTONINI, Mauro, cit., 2017, p. 2129-2130.

<sup>11</sup> São os argumentos de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Des. FRANCISCO LOUREIRO, EI 0000038-40.2012.8.25.0471, j. 14.08.2014.

### 3.8. A “revogação” do art. 1.700 do Código Civil por decisão do STJ

Já na vigência do Código de 2002, sobrevieram duas mudanças importantes por interpretação jurisprudencial. A primeira delas, em nosso entender, configura grave retrocesso, representada pela posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão de sua Segunda Seção, constituindo em tese precedente obrigatório, de observância obrigatória por todos os tribunais e juizes brasileiros (CPC/2015, art. 927, V), no sentido de que a obrigação de prestar alimentos é personalíssima e se extingue com a morte<sup>12</sup>. Essa decisão do STJ significou adoção da posição mais conservadora dentre as que se digladiavam sobre a interpretação do art. 23 da Lei do Divórcio, reproduzido em linhas gerais pelo art. 1.700 do Código de 2002. Embora esse art. 1.700 expressamente disponha que a obrigação de prestar alimentos se transmite aos herdeiros do devedor, a decisão do STJ, em última análise, nega vigência ao dispositivo, inverte sua redação, afirmando que a obrigação não se transmite com a morte.

Com todo o respeito pela posição da maioria nesse julgamento, consideramos corretos os argumentos do voto vencido da Min. Maria Isabel Gallotti. Talvez não tenha sido percebido adequadamente que essa norma representava a instituição de legado legal necessário de alimentos, de aplicação restrita e subsidiária, válvula de escape do sistema para conferir proteção alimentar em determinadas situações de vulnerabilidade, não atendidas por outros institutos do direito das sucessões.

Tome-se o exemplo de sujeito abastado, que vive de rendas de aluguéis de dezenas de imóveis, e que, espontaneamente, destinava um dos aluguéis para assegurar a sobrevivência de seu irmão inválido, sem fonte de renda e sem ter a quem recorrer. Morrendo o alimentante, transmitindo-se seu patrimônio a seus filhos menores, o irmão inválido, tio dos herdeiros, poderia invocar o art. 1.700 para exigir o legado de alimentos, preservando-se sua renda de um aluguel. Os herdeiros necessários não sofreriam prejuízo significativo, pois a herança permite o pagamento desse legado sem prejudicar a legítima desses herdeiros necessários, visto que receberiam os aluguéis dos inúmeros outros imóveis. Mas, aplicado o entendimento que veio a ser assentado pelo STJ, o irmão do de cujus não poderia invocar o art. 1.700, pois praticamente revogado pela

<sup>12</sup> REsp 1354693/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 20/02/2015.

decisão do STJ, uma vez que a interpretação que lhe foi dada torna inútil a norma. E também não poderia exigir alimentos dos sobrinhos, pois o grau de parentesco entre eles é de terceiro grau e a obrigação alimentar só vai até o segundo grau (CC, art. 1.697). A decisão do STJ fecha as portas para atendimento de situações limite como a desse exemplo.

Essa norma do art. 1.700, se aplicada com os temperamentos adequados, não afeta seriamente a legítima de herdeiros necessários, nem esvazia a herança, permitindo flexibilização importante no sistema sucessório, para atendimento de situações particulares, como a do exemplo mencionado. Seria importante, em nosso ponto de vista, revisão do tema pelo STJ, restabelecendo-se o entendimento que era o dominante na interpretação do art. 23 da Lei do Divórcio e que, segundo se defende, deveria ser mantido na vigência do art. 1.700.

### **3.9. A inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, declarada pelo STF**

Outra mudança evolutiva importante na vigência do Código Civil de 2002 se deu pela decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 878.694, julgado em 10.05.2017, declarando inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, o qual disciplinava a sucessão do companheiro sobrevivente, assentando que a Constituição não permite diferenciação de direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro sobreviventes. Em consequência, todos os direitos sucessórios do cônjuge anteriormente apontados se estendem ao companheiro sobrevivente. Ainda, diante do que havia sido decidido pelo STF, na ADIn 4.277 e na ADPF 132, julgadas em 05.05.2011, recorde-se que as regras sobre união estável se aplicam inclusive às uniões homoafetivas.

## **4. Fundamentos da evolução do direito das sucessões brasileiro: a combinação de distintas técnicas sucessórias**

Esse breve retrospecto da evolução do direito das sucessões brasileiro revela ter sido mantido na sucessão legítima, especialmente na sucessão necessária, o critério tradicional de contemplação de todos os herdeiros da mesma classe e grau com quinhões idênticos, sem diferenciações em razão de distintas condições pessoais, assegurando-se a chamada igualdade nas legítimas dos herdeiros necessários. Não importa, assim, se o *de cujus* deixou dois filhos, um deles, por exemplo, próspero empresário, e outro inválido, incapaz de se sustentar. Ambos recebem a mesma cota na legítima. Se o pai pretender fazer diferen-

ciação entre os filhos, para compensar a desigualdade de condições financeiras deles, deve-se valer de testamento, fazendo disposições de sua parte disponível em favor do filho inválido.

A explicação para manutenção desse critério de quinhões iguais dos herdeiros necessários na legítima é o que a doutrina denomina solidariedade dos afetos, atendendo-se à expectativa dos descendentes, especialmente de não serem alijados integralmente da sucessão do ascendente comum<sup>13</sup>. Outro fundamento é o de que, em nosso sistema, ao invés de se estabelecer um direito sucessório a alimentos, em favor das pessoas dependentes do *de cuius*, como ocorre no direito inglês, a depender de pedido judicial após a abertura da sucessão, optou-se por critério de cotas fixas pré-estabelecidas, a evitar judicialização posterior ao óbito, sob o fundamento de que um filho, por exemplo, autossuficiente ao tempo da abertura da sucessão, pode vir a cair em penúria e a cota igual a todos serviria como respaldo para este tipo de vicissitude futura<sup>14</sup>. Sob esses fundamentos, preservou-se em nosso direito o sistema de cotas iguais a sucessores da mesma classe e grau, não importando diferenciações pessoais entre eles, critério em conformidade com o princípio da igualdade formal, típico do paradigma liberal das codificações do século XIX e princípio do século XX.

Mas, sem exclusão desse critério, foram sendo introduzidas paulatinamente as referidas hipóteses de legados legais necessários, para atendimento de necessidades específicas de determinados sucessores: o direito real de habitação para assegurar moradia ao cônjuge viúvo no imóvel residencial da família; o legado de crédito de verbas salariais etc. em favor de dependentes previdenciários, com nítido caráter assistencial e alimentar; e o referido legado legal de alimentos. Esses legados legais necessários têm por fundamento a igualdade substancial, a chamada personificação do direito civil, paradigma do Estado Social, na evolução do direito privado.

Passam a coexistir no sistema, portanto, duas técnicas sucessórias distintas e complementares. A manutenção de cotas iguais na legítima, preservada em razão da solidariedade dos afetos, sem distinções pessoais, e a de atendimento de necessidades particulares de determinados sucessores, mediante implantação de hipóteses de legados legais necessários.

---

<sup>13</sup> MONACHE, Stefano Delle. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 20-21.

<sup>14</sup> CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno LVII, n. 5, 2011, p. 502.

## 5. Sucessão testamentária: autonomia privada e o controle do mérito das disposições testamentárias. Relativa flexibilização das formas

Na evolução da sucessão testamentária, é de se destacar, em primeiro lugar, que a liberdade testamentária é emanação do direito de propriedade e da autonomia privada, mas também confere espaço para que o autor da herança, além de realizar seus interesses individuais, possa atender a relevantes interesses sociais, na busca, por exemplo, da igualdade substancial entre os filhos, usando a parte disponível para deixar a filho mais necessitado etc.; ou, ainda, para fazer disposições em favor de entidades beneficentes, para instituição de fundações etc.<sup>15</sup>

O exercício da liberdade testamentária era considerado direito absoluto, incontestável, sob a concepção do Estado Liberal, típico do séc. XIX e início do séc. XX, a ponto de no direito inglês da época, em exemplo ilustrativo, a jurisprudência ter chegado a afirmar que o testador tinha o direito subjetivo de ser caprichoso e até mesmo cruel, deserdando imotivadamente familiares próximos, dependentes dele<sup>16</sup>. Na referida evolução do direito privado em direção ao chamado Estado Social, o então princípio da autonomia da vontade passou por recompreensão tão significativa que teve sua denominação alterada para autonomia privada, mantendo-se a autonomia da vontade, mas se lhe impõe observância aos princípios fundamentais da Constituição e às normas infraconstitucionais, como seus limites internos. Como o ato de testar é emanação da autonomia privada está sujeito a esses limites internos dela<sup>17</sup>. O que significa que, a partir dessa nova compreensão da autonomia privada, torna-se possível estabelecer algum controle sobre o mérito das disposições testamentárias, quando há violação de normas fundamentais da Constituição, de normas cogentes etc.<sup>18</sup> Citem-se como exemplos colhidos da doutrina: a) a hipótese de testamento pelo qual o pai deixa sua parte disponível a filhos

<sup>15</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 274-281.

<sup>16</sup> GALLARDO, Aurelio Barrio. *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*. Cizur Menor: Arazandi, 2011. p. 250-253.

<sup>17</sup> GODOY, Cláudio Luís Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15-25.

<sup>18</sup> Cf., no direito brasileiro, a aprofundada análise de: NEVARES, Ana Luiza Maia, *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009. Ainda: SCALISI, Vincenzo. *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLIII, Milano, 1989, p. 391-393; e BIANCA, Massimo, *Diritto Civile*, 4. ed., Milano, Giuffrè, 2005, v. 2: La famiglia e le successioni, p. 730-731.

homens, não às mulheres, evidenciando-se que o faz por diferenciação de gênero, praticando discriminação que poderia ser questionada à luz da Constituição<sup>19</sup>; b) situação de proprietária de colégio no Rio de Janeiro, estabelecendo no testamento que, após sua morte, findo o ano letivo respectivo, o colégio deveria ser fechado, disposição que poderia ser questionada por falta de mérito, em confronto com a função social da propriedade, com o interesse no fomento à educação e ao emprego<sup>20</sup>; c) a disposição testamentária que, dispondo sobre os bens dos quinhões de cada um dos filhos, retira de um deles os equipamentos necessários ao exercício de sua profissão, atribuindo-os a outro filho que não exerce aquele ofício.

Além dessa possibilidade de controle do mérito de disposições testamentárias, há, ainda, outra vertente relevante no âmbito da sucessão testamentária, de redução da solenidade formal. Sob o ponto de vista legal, esse movimento ficou evidente a partir do Código Civil de 2002, ao simplificar consideravelmente as formalidades do testamento (redução do número de testemunhas, exclusão de certas formalidades etc.). Mas há, ainda, importante tendência jurisprudencial. O testamento é negócio jurídico solene, que deve observar uma das formas prescritas em lei, sendo tradicional a afirmação que a preterição de formalidades legais implica em sua invalidade. Esse caráter solene do testamento vem sofrendo temperamentos. Em julgado recente e expressivo do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida a validade a testamento público realizado por pessoa cega, no qual não foram observados todos os requisitos do art. 1.867 do Código Civil. Essa norma dispõe que o cego só pode se valer de testamento público, com a particularidade de que deve ser lido em voz alta duas vezes, uma pelo tabelião, outra por uma das testemunhas designadas pelo testador. No caso apreciado pelo STJ, não houve a leitura pela testemunha. O Tribunal considerou que, provada a capacidade do testador, o atendimento aos limites da porção disponível, a lúdima declaração de vontade, não se justificava invalidar o testamento, pois a forma tem por finalidade assegurar o respeito à vontade do testador e, evidenciado pelas provas a higidez de sua manifestação, demonstrando-se ter sido atingida a finalidade, é possível preterir alguma das solenidades legais<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> O exemplo é de Luís A. Carvalho Fernandes, jurista português, citado por: GODOY, Cláudio Luís Bueno de, cit., 2004, p. 125.

<sup>20</sup> Exemplo apresentado por: NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2009, p. 231-235.

<sup>21</sup> Cf. REsp 1677931/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017

## 6. Conclusões

Em termos de conclusão do que foi acima exposto, pode-se afirmar que o perfil do direito sucessório resulta em grande medida do jogo de forças de duas correntes de valores. Uma representada pela sucessão testamentária, expressão da autonomia privada e do direito de propriedade. Outra, pela sucessão necessária, projeção da solidariedade familiar. O Código Civil de 2002 consolidou e até ampliou mudanças muito significativas no direito das sucessões ocorridas durante a vigência do Código de 1916. Mas pecou por deficiência sistemática, tratando dos temas sobre sucessão necessária de forma dispersa, dificultando a visão de conjunto deste fenômeno, não permitindo que se perceba com clareza toda a mudança verificada, reveladora de importante tendência evolutiva do direito das sucessões.

Manteve-se no Código de 2002 a técnica original do Código de 1916, típica do chamado Estado liberal e das codificações do séc. XIX e início do séc. XX, derivada da chamada igualdade formal, atribuindo-se aos herdeiros necessários, especialmente os descendentes, cotas iguais na legítima, não importando a condição pessoal de cada um deles. Mas paulatinamente, durante a vigência do Código de 1916, nova técnica começou a ser introduzida, coexistindo com a anterior, afinada com o modelo de direito civil do chamado Estado social, visando à igualdade substancial, na linha da personificação do direito civil, mediante a criação de hipóteses de legados legais necessários, a favorecer nova figura do direito brasileiro, o legatário necessário. Essa mescla de técnicas sucessórias diversas, ou seja, herança e legado necessários, foi mantida e até ampliada no Código de 2002.

Houve, ainda, considerável ampliação da proteção sucessória do cônjuge, mediante instituição do chamado usufruto viual pelo Estatuto da Mulher Casada, convertido no Código de 2002 em concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes em propriedade plena. A partir da Constituição de 1988, passaram a ser reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente, culminando com recente e marcante decisão do STF, no sentido de que, por força da tutela que emana da Constituição, não se admite diferenciação de tratamento sucessório, pela lei infraconstitucional, entre cônjuge e companheiro.

Lamenta-se o retrocesso em relação ao legado legal de alimentos, constante do art. 23 da Lei do Divórcio, mantido no Código de 2002 em seu art. 1.700, por força de decisão do STJ que retira completamente a utilidade deste art. 1.700, dando-lhe interpretação que nega o que

nele está afirmado de forma expressa. O legado legal de alimentos era hipótese afinada com a referida tendência evolutiva do direito sucesório, promovendo abertura inaudita no sistema, para atendimento, em caráter subsidiário, de situações de especial vulnerabilidade não cobertas por outros institutos do direito das sucessões.

Na sucessão testamentária, evolução doutrinária preconiza a possibilidade de controle judicial do mérito de disposições testamentárias não afinadas com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal etc., reconhecendo-se que o testamento está sujeito aos limites da autonomia privada válidos para todos os demais negócios jurídicos. Tem sido admitida, ainda, quebra da rigidez formal do testamento, admitindo-se que possa ser preterida uma ou outra formalidade legal, desde que seja possível concluir que o ato respeitou fielmente a vontade do testador, dando-se prevalência à finalidade sobre a forma.

Esses, em suma, os aspectos principais que se pretendia destacar sobre a evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro.

## Bibliografia

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil comentado*. 11. ed. Barueri: Manole, 2017.

\_\_\_\_\_. *Sucessão necessária*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2: La famiglia e le successioni.

CINQUE, Maddalena. *Sulle sorti della successione necessaria*. Rivista di Diritto Civile, Padova, anno LVII, n. 5, 2011

GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012.

\_\_\_\_\_. *La evolución de la libertad de testar en el “Common Law” inglés*. Cizur Menor: Arazandi, 2011.

GODOY, Cláudio Luís Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2012.

MONACHE, Stefano Delle. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milano: Giuffrè, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia, *A Função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, anno XLIII, 1989.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.