

COLEÇÃO
MANUAIS **Dizer**
o Direito

Coord.: MÁRCIO CAVALCANTE

Luciano Figueiredo
Roberto Figueiredo

Manual de
DIREITO
CIVIL
VOLUME ÚNICO

5^a edição

revista e
atualizada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dizer  Direito
www.dizerodireito.com.br

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO AOS DIREITOS REAIS

Sumário • **1.** A Constitucionalização dos Direitos Reais e o seu Conceito - **2.** Relações Patrimoniais: Direitos Reais x Direitos Obrigacionais: **2.1.** Zona de Confluência: Obrigações *Propter Rem*, Obrigações de Ônus Real e Obrigações de Eficácia Real; **2.2.** Distinção entre Direitos Obrigacionais, Reais e da Personalidade - **3.** A Classificação dos Direitos Reais.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS REAIS E O SEU CONCEITO

A ideia de um direito civil repersonificado, repersonalizado e despatrimonializado, de uma **legalidade constitucional**, da busca por uma unidade do ordenamento jurídico brasileiro e da sua interpretação¹, bem como a ideia da **constitucionalização do Direito Civil**, impõe ao hermenauta privatista significar os Direitos Reais submetendo-os ao Texto Maior, afinal de contas esta percepção não poderia ser diferente aos denominados **Direito das Coisas**.

Nas pegadas do Direito Civil Constitucional é possível afirmar a existência de um direito real iluminado pelas **garantias fundamentais**, particularmente diante dos arts. 5º e 6º da Carta Republicana de 1988. A função social será a base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse e à propriedade, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como já decidiu o STJ².

Três exemplos constitucionais ilustram essa perspectiva. Observe-se que “a casa é asilo inviolável do indivíduo”, de forma que nenhuma pessoa pode nela adentrar sem o consentimento do morador, “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (CF, art. 5º, XI). De igual sorte, quando a Carta Republicana permite que o Poder Público se utilize da propriedade particular em caso de iminente perigo público, assegurando-lhe indenização por isso (CF, art. 5º, XXV), é porque o Direito Civil Constitucional se mostra presente na tutela das garantias fundamentais e do interesse público. A própria inclusão do direito à moradia (CF, art. 6º) como um dos direitos e garantias fundamentais revela este diálogo civil-constitucional.

A constitucionalização dos direitos reais pode ser ilustrada por consolidados posicionamentos das Casas Judiciais Brasileiras, como se infere da **Súmula nº 364** do Superior Tribunal de Justiça, a qual veda a penhora do único imóvel da pessoa humana, justamente para lhe assegurar o fundamental e social direito à moradia, previsto no art. 6º da CF.

COMO JÁ SE PRONUNCIOU O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA?

No mesmo sentido jurídico, a **Súmula nº 486** do Superior Tribunal de Justiça, editada no ano de 2012, e precedida por vários julgados do STJ, preceitua que o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros é considerado impenhorável, pois consiste em bem de família, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

1. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. T. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 149.

2. STJ, REsp. 1.296.964/DF. DJe 07.12.2016.

Os direitos reais são limitados e otimizados pelos valores constitucionais nas mais diversas perspectivas jurídicas.

Mas afinal, o que são os direitos reais? Qual seria o seu **conceito**?

Os direitos reais são “as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis, tendo como fundamento principal o conceito de propriedade, seja ela plena ou restrita”³. O direito das coisas é o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes aos bens suscetíveis de apropriação pela pessoa humana. Tais coisas são, ordinariamente, do mundo físico, porque sobre elas é possível exercer o poder de domínio⁴.

Os chamados direitos reais disciplinam um conjunto de relações jurídicas extremamente relevantes para o direito privado, especialmente no plano econômico. Comprovando o dito, basta se atentar para o instituto da propriedade e a sua **importância social**. A moradia se positivou como direito social e fundamental (CF, art. 6º). A função social da propriedade se tornou uma exigência, uma necessidade jurídica, uma garantia fundamental e um elemento do próprio conceito proprietário (CF, art. 5º, XXII e XXIII). A atividade jurisprudencial passou a se desenvolver aplicando a função social para o deslinde de um sem número de conflitos judiciais (STF, AI 822429/SC e (STJ, REsp 1179259/MG).

O fenômeno **constitucionalizador** do direito civil iluminou a seara infraconstitucional. O legislador cível passou a positivizar regras nitidamente harmoniosas com o plano normativo superior. Exemplifica-se com o § 2º do art. 1.228 do CC/02, ao impor à propriedade uma função **socioambiental**, bem como os arts. 1.275, III e 1.276, do mesmo CC/02, ao conferirem a perda proprietária para hipóteses de abandono ou ausência de posse. Infere-se uma necessária visão utilitarista e autônoma da posse, para o fim evidente de viabilizar a dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e consagrar os valores constitucionais (art. 3º, CF).

A propriedade – clássico instituto civilista pertencente aos direitos reais –, ao ser constitucionalizada, foi **funcionalizada**, de maneira a harmonizar o patrimônio (ter) ao humano (ser). Dentro dessa proposta é que os direitos reais devem ser estudados. Na perspectiva da **eficácia horizontal** dos direitos e garantias fundamentais nas relações particulares, de maneira que o Texto Constitucional possa ter seus **valores irradiados** (Teoria da Irradiação) aos institutos cíveis, concretizando a eticidade e a socialidade.

Um belo exemplo disto é a **Súmula 308 do STJ**, que relativiza o caráter *erga omnes* da hipoteca realizada para o fim de não prejudicar o direito fundamental de moradia, a tutela legítima da confiança e a boa-fé daquele que, não sendo construtora ou banco, encontra-se envolvido em uma situação de pagamento de imóvel hipotecado. Eis o enunciado da referida súmula “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. Hodiernamente, o STJ decidiu ser possível aplicar de forma analógica a Súmula 308 para a alienação fiduciária firmada entre a construtora e o agente financeiro, que não terá, por força disto, eficácia perante o adquirente do imóvel (REsp. 1.576.164-DF. DJe 23.05.19).

Este direito real vem sendo **funcionalizado**, em prol da pessoa humana, de maneira que “perde o direito real de propriedade o sentido tradicional de absolutismo, o que se evidencia em vários campos”⁵. Mas o direito real seria uma relação jurídica estabelecida entre um sujeito e uma coisa ou entre pessoas? Esse é um relevante questionamento.

3. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 4.

4. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das Coisas**. V. 1. p. 11.

5. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11.

É possível reconhecer uma visível divergência doutrinária entre o que se convencionou denominar de **corrente realista**, de um lado, e a **corrente personalista** do direito real⁶, no que diz respeito à possibilidade, ou não, de se admitir a relação jurídica entre a pessoa e a coisa⁷. Eis os posicionamentos:

Posicionamento 1 (Corrente Personalista): os defensores da **corrente personalista** não admitem a existência de uma relação jurídica entre um homem e uma coisa. Sustentam que qualquer relação jurídica exige a presença de, no mínimo, duas pessoas (*hominis ad hominem*). Por conta disso, imaginam o direito real como um **sujeito passivo universal**; ou melhor, uma obrigação negativa (de abstenção) universal imposta a todas as pessoas, que deverão de respeitar a propriedade (objeto) do seu titular (sujeito ativo). A teoria em comento é de Marcel Planiol, mas foi amplamente divulgada por Michas, Demogue, Ripert, Ferrara, Ortolan e Windscheid⁸.

Posicionamento 2 (Corrente Clássica, Realista ou Impersonalista): já os adeptos da **corrente realista** firmam a existência de relações jurídicas nas quais a figura do sujeito passivo é desnecessária, como acontece nas relações envolvendo a propriedade. Nessas relações, segundo esta teoria, é equivocada a exigência de pessoalidade. Justo por isto, o direito real seria a relação da pessoa que se sujeita à coisa. A teoria é defendida por Gaudemet, Saleilles, Teixeira de Freitas e Orlando Gomes⁹.

Entendemos que os direitos reais efetivamente encerram uma relação jurídica entre uma pessoa, o seu titular e a coisa, o objeto da referida relação jurídica, sendo desnecessária a figura do sujeito passivo. Concordamos com o posicionamento de Orlando Gomes segundo o qual a aceitação da teoria personalista levaria à extinção dos direitos reais, pois todos os direitos seriam pessoais¹⁰. O fato é que hoje, no Brasil, a legislação adota tratamento diverso entre os direitos pessoais e os reais, em um sistema dito **dualista**. Por conta disso, tende a doutrina a caminhar com um conceito dos direitos reais que refere a tese clássica, adequando-o à realidade do direito positivo nacional. Este é o entendimento majoritário.

DIREITOS REAIS E DIREITO DAS COISAS SÃO SINÔNIMOS?

A pergunta, de fato, remete a outro antecedente: bens e coisas são expressões sinônimas? Em um rigor técnico, apesar de grande divergência doutrinária, a resposta é negativa.

Coisa é um bem corpóreo, que exista no mundo físico e seja tangível. Ensina Clóvis Beviláqua que nem todo bem é uma coisa, pois há bens intangíveis, como a liberdade, a honra e a vida. Do dito, seguindo os ensinamentos de Menezes Cordeiro, parece-nos correta a afirmação segundo a qual bens é um gênero, que possui duas espécies:

- a) Bens corpóreos/materiais/tangíveis, quando serão chamados de coisa. É o caso de uma caneta, um carro, um imóvel.
- b) Bens incorpóreos/imateriais/intangíveis, a exemplo da honra, da liberdade.

Caminhamos, igualmente, com a doutrina de Orlando Gomes, ao informar que coisa sempre remete a uma noção de economicidade e materialidade, o que não acontece com bem, o qual poderá ser desprovido de valor econômico. Assim, a expressão Direito das Coisas seria demasiadamente restrita, pois se referiria apenas ao fenômeno apropriador de bens corpóreos e com economicidade. Não engloba os bens imateriais, os quais progredem em

6. STOLZE, PABLO e PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. II. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

7. TARTUCE, Flávio. **Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 5.

8. Citados no Curso de Direito Civil Brasileiro. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8; e Flávio Tartuce, bem como na obra de Carlos Roberto Gonçalves, já citada, p. 27 e Maria Helena Diniz, igualmente já mencionada, p. 11.

9. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

10. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

tratamento jurídico em uma sociedade de conhecimento. Por tudo isso, ainda em rigor técnico, não nos parece correto – haja vista o fenômeno da imaterialização proprietária, com a ampla propriedade sobre conhecimento (*softwares, know how, artes, ciência...*) – denominar o ramo, ora em estudo, como Direito das Coisas. O mais correto, portanto, é a denominação de Direito Reais, a qual é mais abrangente.

Há quem discorde dessa linha. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal Jr., por exemplo, defendem o oposto, ao informarem ser a expressão Direito das Coisas mais abrangente, no momento em que também remete à posse, vizinhança, obrigações *propter rem*. Apesar de tamanha divergência, o fato é que boa parte da doutrina, assim como os tribunais utilizam as expressões “Direitos Reais” e “Direito das Coisas” indistintamente, como sinônimas. Sendo assim, mesmo diante da diferenciação já explicitada, esta obra, em atenção à operabilidade, tratará as expressões como sinônimas, o que já fica informado ao leitor.

Destaca-se, ainda, a título de informação, que o direito positivo se refere ao tema como Direito das Coisas, sendo a expressão “Direitos Reais” advinda da doutrina e atribuída, pioneiramente, ao festejado Savigny.

2. RELAÇÕES PATRIMONIAIS: DIREITOS REAIS X DIREITOS OBRIGACIONAIS

Os direitos reais possuem inúmeras características que os distinguirão dos demais ramos do direito privado. A primeira delas reside na denominada oponibilidade *erga omnes*, vale dizer contra todos. No plano da eficácia os direitos reais produzem efeitos em face de todas as demais pessoas que não sejam o seu titular. Esta é uma característica que distingue os direitos reais dos direitos pessoais.

Além disto, a aderência ou inerência é uma segunda característica dos direitos reais, que segue a coisa (são inerentes, aderentes à coisa) e não ao seu titular. A ambulatoriedade é uma característica complementar à noção da aderência ou inerência. Significa dizer que os direitos reais caminham seguindo o bem onde quer que este se encontre. A sequela também é uma característica própria dos direitos reais. Denominada pelos romanos de *ius persequendi*, exprime o direito de perseguir a coisa onde o bem se encontrar.

A registrabilidade, ou publicidade, é outra específica característica dos direitos reais. A fim de implementar a eficácia *erga omnes* será necessário que se dê publicidade aos direitos reais, daí a exigência de atos solenes de registros públicos para certos direitos reais.

Finalmente, a perpetuidade se apresenta como a característica dos direitos reais permanecerem vigendo ao longo do tempo.

Recorda a doutrina que os direitos obrigacionais veiculam **relações pessoais**, havendo uma relação de crédito e um dever correlato, traduzindo uma relação intersubjetiva entre credor e devedor. Já os direitos reais dizem respeito a um poder jurídico, direto e imediato, de uma pessoa sobre uma coisa, submetendo-se ao respeito de todos.

Aqui se verifica que, enquanto nos direitos reais há um ***jus in rem*** (direito sobre uma coisa, sendo **imediato**), nos obrigacionais há um ***jus ad rem*** (direito contra uma pessoa, sendo **mediato**). O objeto do direito real é a **coisa**, enquanto o do obrigacional é a **prestação**. Nessa toada, a satisfação de um direito real demanda apenas o seu titular, enquanto o direito obrigacional demanda a cooperação de outrem no cumprimento da prestação.

Nada obstante, inegável a presença, tanto no direito das obrigações, quanto no direito das coisas, de um **viés patrimonial**, como adverte o italiano Pietro Perlingieri¹¹ ao tratar dos

11. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.

direitos obrigacionais e reais dentro de um grupo maior de diretos, nomeados de **relações patrimoniais** ou **situações subjetivas patrimoniais**. Não seria possível realizar uma precisa separação entre as situações creditórias e reais, merecendo os temas normatização uma. Os defensores deste ideal se filiam à chamada **teoria monista ou unitária**.

Ocorre que não foi esta a tese adotada pelo Direito Civil brasileiro. O vigente Código Civil caminha segundo a **teoria dualista ou binária**, responsável por diferenciar os direitos reais e os obrigacionais, os tratando de maneira apartada e com regras próprias.

A **primeira** diferença é que os **direitos reais** são **taxativos**, enquanto os **obrigacionais** são **exemplificativos**.

Para a **maioria** da doutrina, os direitos reais se submetem a um rol **numerus clausus**, sendo **típicos** e estando expressos no art. 1.225 do CC. Dessa forma, são direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese; XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso; XIII – a laje e XIV – os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e a respectiva cessão e promessa de cessão.

Já os direitos obrigacionais são **numerus apertus**, **exemplificativos**, de modo que podem surgir pela criatividade humana, no exercício da autonomia privada, como **contratos atípicos e inominados**, desde que respeitada a teoria geral dos contratos (art. 425 do CC)¹².

A **segunda** diferença é que os direitos reais são **absolutos** (*erga omnes*), enquanto os **obrigacionais** são **relativos** (subjetivos ou *inter partes*).

O direito das coisas se submete ao princípio do **absolutismo**, pois possui eficácia contra todos – *erga omnes*. Exemplifica-se com o direito de propriedade, o qual há de ser respeitado por todos. O caráter absoluto dos direitos reais não se coaduna com a noção de exercício ilimitado. Ao revés, os direitos reais, há muito, foram funcionalizados, sendo ponderados para a promoção do ser humano¹³.

Já os direitos obrigacionais são **subjetivos, relativos, inter partes**, obrigando, em regra, apenas as partes envolvidas. Exemplifica-se com um contrato, o qual apenas poderá obrigar as partes envolvidas. Ousamos afirmar que a eticidade e a socialidade interferem a tal ponto no atual Direito Civil, que em alguns casos esta oponibilidade *erga omnes* também deverá incidir nos negócios jurídicos; leia-se: nas obrigações. Esta oponibilidade *erga omnes*, típica dos direitos reais, passa a acontecer, em determinados casos, nas relações obrigacionais, haja vista a **eficácia externa** da função social dos contratos, referida no **Enunciado 21** do Conselho da Justiça Federal.

12. Quanto ao caráter taxativo dos direitos reais, há quem defenda que a autonomia privada, bem como o próprio princípio da operabilidade, relativizaria tal caráter. Nessa toada seria possível a criação de novas situações reais, com a sua localização em outras passagens do Código Civil, ou, até mesmo, em lei extravagante. É o que advoga, por exemplo, André Osório Gondinho. Passeando pelo Código Civil percebe-se que há outros artigos que podem ser significados como direitos reais. Exemplifica-se com o art. 516, responsável por regular o direito de retenção, como lembra Arnaldo Medeiros da Fonseca. Outro exemplo seria a retrovenda, explicitada nos arts. 505 e seguintes do Código Civil e recordada por Carlos Roberto Gonçalves. Somam-se a isso as criações humanas, respeitadas à teoria geral do Direito Civil, como o contrato de multipropriedade, no qual cada adquirente compra a fração ideal de um imóvel e recebe dividendos por sua exploração comercial, por uma rede hoteleira – tema que será aprofundado no capítulo de condomínio. Destarte, é curioso notar que diferentemente dos direitos argentino e português, o direito brasileiro não informa expressamente, em nenhuma passagem, a impossibilidade de construção de novas modalidades de direitos reais. Justamente por isso que a noção de um caráter mais elástico ao rol de direitos reais vem ganhado, progressivamente, mais simpatizantes.

13. ROSENVALD, Nelson. CHAVES, Cristiano. Op. cit., p. 29.

A **terceira diferença** reside no fato de que nos **direitos reais** existe a prerrogativa da **sequela**, enquanto nos **obrigacionais** há mera **execução patrimonial**.

O art. 1.228 do CC estabelece ao proprietário o direito de reaver a coisa em face de quem a injustamente detenha ou possua. É possível afirmar que ao titular do direito real de propriedade pode ir ao encontro do bem onde quer que ele se encontre, nas mãos de quem quer que se encontre, reivindicando-o e opondo-se contra tudo e contra todos (oponibilidade *erga omnes*). A isto se denomina **direito de sequela** (*jus persequendi ou praeferendi*). Exemplo: se João emprestou o seu bem a Caio e este, sem a autorização, o emprestou a Lúcio, João poderá buscar a coisa nas mãos de Lúcio.

Já os direitos pessoais não se submetem à sequela, mas sim à **execução patrimonial**. Exemplo: se Caio se comprometeu a pintar um quadro para Maria e não o fez, mesmo após tutela específica, esta poderá apenas pleitear as perdas e danos pelo descumprimento obrigacional.

A **quarta diferença** é que os **direitos reais** ocasionam **preferência**, enquanto os **obrigacionais**, quando muito, **privilégios**.

Os direitos reais, em decorrência do registro, ocasionam uma **preferência** de persecução, de forma que aquele que primeiro registrou poderá reivindicar o bem. Tal se dá, em especial, nos **direitos reais de garantia**, a exemplo da hipoteca. Se João é devedor de vários credores, mas tem um imóvel hipotecado, este servirá, preferencialmente, a garantia do credor hipotecário. Outro bom exemplo da preferência está no art. 1.419 do CC, o qual afirma que os direitos reais preferem os créditos quirografários, ou seja, os créditos comuns.

Já os direitos obrigacionais não têm tal preferência, havendo, quando muito, **privilégios legais**, como se ocorre na Recuperação Judicial de Empresas (Lei 11.101/2005, arts. 83 e 84), quando a normatização afirma quais créditos devem ser privilegiados, a exemplo dos fiscais e trabalhistas. Ressalta-se que tais privilégios não se confundem com a preferência dos direitos reais, pois esta recairá sobre um bem específico, enquanto aqueles dizem respeito a todo o patrimônio.

A **quinta diferença** reside no fato de os **direitos reais** serem **registrados**, enquanto os **obrigacionais** possuem **forma livre**.

Os direitos reais, em regra, sujeitam-se à **registrabilidade**, de modo que o registro público faz-se presente na constituição destes, aspecto inócua nos direitos obrigacionais. Recorde-se que o princípio da **publicidade** ou **visibilidade** é de incidência marcante no direito das coisas “diante da importância da tradição e do registro – principais formas derivadas de aquisição da propriedade”¹⁴. Em verdade, para que os direitos reais sejam oponíveis em face de todos, haverão de ser públicos.

O STJ já entendeu que a transferência de imóvel de valor superior ao teto legal exige escritura pública como condição de validade do negócio jurídico, inclusive da procuração em causa própria, por força dos arts. 104, 108, 166, IV, 657 e 685 do CC¹⁵. De igual modo, também já entendeu que a ausência de registro do contrato de compra e venda de imóvel impede a constituição da garantia fiduciária regida pela Lei Federal nº 9.514/97¹⁶.

Já os direitos obrigacionais, em regra, possuem **forma livre**, podendo ser celebrados, de qualquer maneira, na forma do art. 107 do Código Civil. Observe-se haver hipóteses nas quais os direitos obrigacionais apresentarão forma vinculada, única e cogente. É o que acontece, por exemplo, nos contratos envolvendo imóvel, cujo valor ultrapasse 30 (trinta) vezes o maior

14. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013, p. 11.

15. STJ, REsp. 1.894.758/DF. Dje 19.10.21.

16. STJ, REsp. 1.835.598/SP.

salário mínimo vigente no país, os quais haverão de ser realizados mediante instrumento público (art. 108 do CC).

A **sexta diferença** afirma que os direitos reais são **perpétuos**, enquanto os obrigacionais são **transitórios**.

A **perpetuidade** há de ser entendida no sentido de que os direitos reais poderão ser perpetuados no seio da mesma família, por meio do direito sucessório, caso não sejam alienados. Possuem os direitos reais maior estabilidade que os pessoais. Já os direitos obrigacionais são **transitórios**, visto que a obrigação nasce para ser cumprida. Direitos obrigacionais são vocacionalmente transitórios.

Fazendo uma leitura sistemática das diferenciações elencadas, percebe-se que:

| Direitos Reais: | Direitos Obrigacionais: |
|---|---|
| <i>Numerus Clausus</i> – Taxativos ou Típicos. | <i>Numerus apertus</i> – exemplificativos. |
| Direito de sequela – reivindicar a coisa onde quer que esteja e nas mãos de quem quer que esteja. | Não há sequela – executa-se o contrato, apenas incidindo a sanção pelo descumprimento no patrimônio do devedor. |
| Eficácia <i>erga omnes</i> – opõe-se contra todos. | Eficácia <i>inter partes</i> – relativos. |
| Registrabilidade e publicidade – submetem-se ao registro. | Forma livre, em regra (art. 107 do CC) – não exigem registro, nem publicidade. |
| A relação jurídica se estrutura entre uma pessoa e a própria coisa (<i>jus in re</i> – direito sobre a coisa). | A relação jurídica se estrutura entre pessoas determinadas ou determináveis (<i>jus ad rem</i> – direito contra a pessoa). |
| Direito de preferência. | Direito quirografário (comum). |
| Inerência ou aderência – acompanha, adere, às mutações da coisa. | Não inerência – não acompanha as mutações da coisa, pois gira em torno da prestação. |
| Encerra direito de gozo, fruição ou garantia sobre coisa corpórea. | Encerra direitos de crédito a uma prestação, entre sujeitos. |
| Têm caráter permanente ou perpétuo, pois caso não haja alienação, transmite-se por herança. | Têm caráter transitório. |

Malgrado tais fatores distintivos, a aproximação patrimonialista pregada pela tese monista não é de todo equivocada, sendo perceptível a existência de **figuras híbridas**, mistas, as quais compõem uma **zona grise, cinzenta** e de **confluência** entre direitos reais e obrigacionais. Estas figuras passam a ser objeto de estudo.

2.1. Zona de Confluência: Obrigações *Propter Rem*, Obrigações de Ônus Real e Obrigações de Eficácia Real

Existem **figuras híbridas**, mistas ou simbióticas que, por confluírem elementos de direitos reais e pessoais, a um só tempo, habitam uma zona intermediária. Estas obrigações se situam numa “zona intermediária entre os direitos reais e os direitos obrigacionais de cunho patrimonial, sendo também denominadas obrigações híbridas ou ambulatórias”¹⁷. Os principais

17. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 15.

habitantes desta zona de confluência são as obrigações *propter rem*, obrigações de ônus real e obrigações de eficácia real.

A obrigação *propter rem* é uma figura autônoma situada entre o direito real e o pessoal, que encerra uma obrigação acessória mista, por vincular-se a direito real. Possui três caracteres: (1) vinculação a um direito real, ou seja, a determinada coisa que o devedor seja proprietário ou possuidor, (2) possibilidade de exoneração pelo abandono, (3) transmissibilidade pela via dos negócios jurídicos¹⁸.

São as obrigações **próprias da coisa** (*propter rem*), ou **na coisa** (*in rem*), ou **da coisa** (*ob rem*), também denominadas de obrigações **ambulatoriais, reais** ou **mistas**. São prestações impostas ao titular do direito real simplesmente por sua condição. Logo, nascem e morrem com este. Exemplifica-se: apenas tenho que respeitar a convenção condominial enquanto condômino.

Aderem à coisa (e não à pessoa), transmitindo-se automaticamente ao seu novo titular, desde que haja transferência proprietária (transmissão automática). São exemplos o IPTU, ITR, IPVA, as taxas condominiais (**Informativo nº 291**, STJ e REsp 659.584-SP), a do proprietário com as despesas de construção e conservação de tapumes divisórios. À propósito, a obrigação do coproprietário de pagar aluguéis de imóvel utilizado com exclusividade como moradia pos sua família em favor do outro configura obrigação *propter rem* e afasta, por esta natureza, a impenhorabilidade do bem de família (STJ, Informativo 748, REsp. 1.888.863-SP. Dje 20.05.2022).

Sobre o tema, entendeu o STJ ser possível a penhora de bem de família de condômino, na proporção de sua fração ideal, se inexistente patrimônio próprio do condomínio, para responder por dívida oriunda de danos a terceiros¹⁹, reconhecendo a responsabilidade do condomínio por danos a terceiro e, conseqüentemente, a obrigação do condômino em sua cota-parte (dívida *propter rem*)²⁰. Mas atenção: o STJ já entendeu que a taxa de manutenção de loteamento urbano cobrada por associação de moradores, prevista em contrato-padrão registrado no cartório de imóveis, vincula os adquirentes somente à obrigação de pagar as taxas a partir da aquisição, não abrangendo os débitos do anterior proprietário, afastando, em alguma medida, a natureza *propter rem*, ao menos no aspecto temporal anterior à aquisição do bem, por entender inexistir previsão expressa a este respeito no art. 18 da Lei 6.766/79²¹.

Em sendo consequência do direito real, o devedor da obrigação *propter rem* pode se livrar do seu débito, simplesmente, abandonando a coisa. Uma vez não mais sendo proprietário, obrigação não há. Tecnicamente é o que se denomina de **abandono liberatório ou renúncia liberatória**²².

18. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29/30.

19. STJ, REsp 1.473.484-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 21/06/2018, Dje 23/08/2018.

20. No AgRg no AG 776.699-SP, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que as despesas de condomínio constituem obrigação *propter rem*, de modo que são de responsabilidade do proprietário da unidade “*que tem posterior ação de regresso contra o ex-mutuário*”. Já no REsp. 829.312-RS, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que “*o adquirente, em adjudicação, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel adjudicado*”, também admitindo o caráter *propter rem* da obrigação condominial. O mesmo Tribunal Superior afirma que o promitente comprador tem legitimidade passiva para figurar na ação de cobrança de condomínio, ainda que a referida promessa não esteja registrada e desde que o condomínio tenha ciência da aludida promessa (REsp 657.506/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.12.2006). Tal posicionamento, igualmente, tem embasamento legal no art. 1.334, § 2º, do Código Civil.

21. STJ, REsp. 1.941.005/SP. Dje 22.06.21.

22. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a obrigação de recuperar área ambiental degradada é do atual proprietário, independentemente deste ter sido o autor da degradação, porque isto decorre de uma “obrigação *propter rem*, que adere ao título de domínio ou posse”. Também a obrigação tributária real de pagar o IPTU (REsp

Continuando com a análise da zona híbrida, adentra-se no estudo das obrigações de ônus real.

Obrigação de ônus real é aquela **que limita o uso e o gozo da propriedade**, constituindo um **gravame**. É um direito sobre coisa alheia, oponível *erga omnes*. Exemplifica-se com a renda constituída sobre imóvel, o qual é um direito temporário que grava determinado bem, obrigando o seu proprietário a pagar prestações periódicas (art. 803 do CC). Exemplifica-se ainda: João doa uma fazenda para Maria, obrigando-a a destinar 50% (cinquenta por cento) da safra colhida, todo ano, para Caio.

Enquadra-se, ainda aqui, a hipoteca, o penhor e a anticrese, que são direitos reais de garantia, posto *darem garantia* a uma obrigação preexistente.

A obrigação de ônus real tem como traço distintivo da *propter rem* o fato de se **limitar** ao valor da coisa. Com efeito, nada impede que o montante da obrigação *propter rem* supere, em muito, o valor do principal, a exemplo de um IPTU progressivo. Tal não ocorre nas obrigações de ônus real, pois não é possível onerar um bem acima de seu principal. No exemplo conferido há pouco, não seria possível Maria ser obrigada a destinar 150% (cento e cinquenta por cento) da safra.

Demais disso, as obrigações de ônus reais desaparecem com o perecimento da coisa, fato que não acontece com as denominadas *propter rem*.

Ainda na análise das figuras híbridas, há de se falar nas obrigações de eficácia real.

A **obrigação de eficácia real** é aquela que, sem perder o seu caráter de direito pessoal, ou direito a uma prestação, ganha **oponibilidade a terceiros**, que adquiram direitos sobre determinado bem, tendo em vista o seu registro. É o que tecnicamente chama-se de oponibilidade *erga omnes*. São obrigações que se transmitem.

Exemplifica-se a **obrigação de eficácia real** com o direito de preferência, em um contrato de locação devidamente registrado, conforme previsto no art. 33 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91). Outro exemplo é o registro do contrato de locação, com o escopo de proporcionar sua continuidade, mesmo na hipótese de venda do imóvel (art. 8º da Lei 8.245/91). Mais um exemplo elucidativo, agora advindo da seara processual, diz respeito à **penhora**, a qual é registrada e oponível contra todos (art. 831 do Código de Processo Civil)²³.

Portanto, os direitos reais são *erga omnes*, enquanto que eventuais obrigações poderão ter eficácia *erga omnes*, a depender do seu registro²⁴.

840.623/BA) e as taxas condominiais (REsp 717.265/SP). Também entendeu o STJ que cotas condominiais constituem obrigação *propter rem*, a ensejar legitimidade da arrendatária de imóvel para figurar no polo passivo da demanda juntamente com o proprietário em sede de ação de cobrança de débitos condominiais (que pode ser proposta contra o arrendatário do imóvel (REsp 1.704.498-SP, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018). Na hipótese, a arrendatária exerce a posse direta sobre o imóvel e usufrui dos serviços prestados pelo condomínio, não sendo razoável que não possa ser demandada para o pagamento de despesas condominiais inadimplidas. Ressalte-se, por fim, que não se está a falar de solidariedade entre proprietário e arrendatário para o pagamento dos débitos condominiais em atraso, até mesmo porque, como se sabe, a solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes. O que se está a reconhecer é a possibilidade de a arrendatária figurar no polo passivo da ação de cobrança, haja vista que a ação pode ser proposta em face de qualquer um daqueles que tenha uma relação jurídica vinculada ao imóvel, o que mais prontamente possa cumprir com a obrigação.

23. No CPC/15 o art. 831 tem a seguinte redação: "A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios". Como se pode perceber, a alteração é insignificante e gira em torno, apenas, de melhoramentos redacionais. Uma última reflexão é a de que o art. 838 do CPC/15 dispõe acerca da penhora realizada mediante ato ou termo e conterá "a indicação do dia, do mês, do ano e do lugar em que foi feita, os nomes do exequente e do executado, a descrição dos bens penhorados, com as suas características e a nomeação do depósito dos bens".

24. Op. Cit., p. 46.

CAPÍTULO I

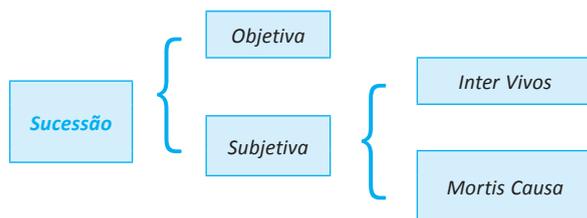
INTRODUÇÃO AO DIREITO SUCESSÓRIO

Sumário • **1.** O Significado da Expressão Direito Sucessório – **2.** O Conteúdo do Direito Hereditário – **3.** Pressupostos do Direito Hereditário – **4.** O Fundamento do Direito Sucessório – **5.** Algumas Situações nas Quais os problemas Hereditários serão Resolvidos por Preceitos Específicos – **6.** Natureza Jurídica da herança: indivisibilidade da herança e juízo universal – **7.** As Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Direito Hereditário – **8.** O Pacto de Corvina – **9.** Princípios Específicos do Direito Hereditário: **9.1.** Princípio da *Saisine* ou *Droit Saisine*; **9.2.** Princípio da Coexistência; **9.3.** Princípio da Intangibilidade da Legítima; **9.4.** *Tempus Regit Actum* – **10.** Conceitos Fundamentais.

1. O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO DIREITO SUCESSÓRIO

Ao longo do tempo muitos foram aqueles que buscaram identificar o melhor sentido para a expressão **direito sucessório**. Para a doutrina o chamado direito das sucessões “cuida da transmissão de bens realizada com o advento da morte de determinada pessoa”¹. Para nós, o direito sucessório é o complexo de normas jurídicas que disciplina a transmissão do patrimônio ou da última vontade da pessoa humana para depois da sua morte. Em sentido amplo, **suced**er significa **substituir**. Tal substituição pode ser **objetiva**, quando diga respeito ao **objeto da relação jurídica (sucessão real)**; ou **subj**etiva, quando atinente aos **sujeitos desta relação**.

Na **s**eara **subj**etiva, tal sucessão pode se dar **em vida** (*inter vivos*), a exemplo da transmissão das obrigações; ou após a morte (*mortis causa*). Neste último caso, estar-se-á diante da sucessão em sentido estrito. Ou seja: do direito sucessório.



A sucessão *inter vivos* é tema destinado ao direito das obrigações, contratos, propriedade, entre outros. Existem bens e direitos que são transmissíveis em vida. Contudo, é chegada a hora de dar seguimento ao estudo da sucessão em sentido estrito, ou seja, daquilo que se convencionou chamar, simplesmente, de direito sucessório.

1. SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio, DELGADO, Mario Luiz in Código Civil Comentado. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1ª Edição. 2019. Página 1.409.

Para Clóvis Beviláqua, Direito Sucessório é o “Complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”², ou, ainda, o “conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte”.

Segundo Maria Helena Diniz, “O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, para depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento [...] no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão do ativo e do passivo do de cujus ao herdeiro”³.

Estudaremos agora este ramo do direito civil, que disciplina, a partir do evento morte, o que se deve fazer com o patrimônio jurídico transmissível (material ou imaterial) do falecido (*de cujus*), levando em consideração a vontade do mesmo (real ou presumida), os ativos e passivos, bem como a presença, ou não, de eventuais herdeiros para, deste modo, transmitir todas estas relações do finado a quem de direito.

ATENÇÃO!

O termo de cujus é muito utilizado no direito hereditário e significa em latim “daquele de quem a sucessão se trata”, ou como se diria “de cujus successionem agitur”.

2. O CONTEÚDO DO DIREITO HEREDITÁRIO

Na fiel lição de Maria Helena Diniz, bem como atentos à estrutura legislativa e doutrinária existentes, é possível dividir pedagogicamente o direito hereditário em quatro grandes áreas de interesse acadêmico: (a) Sucessão em Geral, (b) Sucessão Legítima, (c) Sucessão Testamentária e (d) Inventário ou partilha.⁴

Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, a Constituição Federal assegura o direito à herança em seu art. 5º, inciso XXX, e o Código Civil disciplina este assunto em quatro títulos que tratam, respectivamente, da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão testamentária, do inventário e da partilha⁵.

A **sucessão em geral** tem como objeto de estudo as disposições relativas à abertura da sucessão (arts. 1.784/1.789, CC)⁶, a administração da herança (arts. 1.791/1.797, CC), a vocação hereditária (arts. 1.798/1.803, CC), a aceitação e a renúncia da herança (arts. 1.804/1.813, CC), a herança jacente (arts. 1.819/1.823, CC), os excluídos da sucessão (arts. 1.814/1.818, CC) e, finalmente, a petição da herança (arts. 1.824/1.828, CC).

A **sucessão legítima** disciplina a ordem de vocação hereditária (CC, arts. 1.829/1.844), os herdeiros necessários (1.845/1.850, CC) e o direito de representação (CC, arts. 1.851/1.856).

A **sucessão testamentária** trará regras sobre o testamento em geral, a capacidade de fazê-lo, as formas de testamento, o codicilo, as disposições testamentárias, os legados, o direito de acrescer, a redução das disposições testamentárias, as substituições, a deserdação,

2. *In Direito das Sucessões*. p. 44.

3. *In Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. 2011. p. 17.

4. *In Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. ed. 2013.

5. *In Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. 2013. p. 29.

6. Eliminamos a referência ao art. 1.790 do CC por ter sido declarado inconstitucional pelo plenário do STF.

a revogação do testamento, o rompimento do testamento e, finalmente, o testamenteiro (CC, arts. 1.857/1.990).

Finalmente, o **inventário** e a **partilha**, tratado entre os arts. 1.991/2.027, disciplina a questão dos sonegados, das colações, a garantia dos quinhões hereditários e a ação de anulação de partilha. Quanto à anulação de partilha, recorde-se a necessidade de citação do cônjuge sobrevivente como litisconsorte passivo necessário para a hipótese de o mesmo constar no registro civil imobiliário⁷. Aliás, a ausência de citação de litisconsorte necessário enseja a inexistência da sentença, como também já entendeu o STJ⁸. Veja, por outro lado, que a constituição de advogado pelo inventariante em divergência com os demais herdeiros impede, ante o conflito de interesses, que o espólio suporte as despesas desta verba honorária⁹.

A par desta visão panorâmica, infere-se que a sucessão em geral envolve o estudo propedêutico do conceito do direito hereditário e de seus pressupostos, a análise da natureza jurídica da herança, os específicos princípios que norteiam as sucessões, a herança e a sua administração, os legitimados a suceder, a formas de aceitação e renúncia da herança, a exclusão dos herdeiros indignos, enfim, aquilo que as legislações costumam denominar de disposições gerais. Daí ser pressuposto teórico para o aprofundamento do debate sucessório esta visão da “parte geral” e introdutória das sucessões. Sobre estes temas se dedicará este capítulo.

Após fincarmos as bases, será possível avançarmos no estudo das duas grandes modalidades hereditárias: a sucessão **legítima** e a sucessão **testamentária**.

O direito hereditário tem como vetor o respeito à última vontade do falecido, que pode ser real ou presumida. A vontade real do *de cuius* é manifestada, em regra, através de um **testamento**. Justamente por isto, que o STJ vem buscando conciliar segurança do testamento com respeito à manifestação da última vontade no escopo de garantir sempre quando possível a finalidade do ato¹⁰. (REsp. 163.254) A sucessão testamentária, por assim dizer, é o ramo do direito hereditário que estuda todo o regime jurídico dos testamentos e das disposições de última vontade, nos planos da existência, validade e eficácia.

Contudo, inexistindo testamento, aplica-se a vontade presumida do falecido, a qual é denominada pelo Código Civil como **ordem de vocação hereditária**. Em última análise, seria aquilo que o legislador brasileiro imaginou como desejo do *de cuius*, na falta de manifestação de vontade deste. Ademais, impõe-se a sucessão legítima, ainda, sempre que houver herdeiros necessários. Aqui, poderá a legítima conviver com a testamentária, em um diálogo das forças, como será visto no desenrolar desta obra.

Finalmente, o direito sucessório irá prescrever a disciplina jurídica do inventário e da partilha, ou seja, a prática procedimental por meio da qual efetivamente se realiza a transferência dos direitos e deveres do finado a quem de direito. Em certos casos, este inventário será judicial. Em outros, poderá ser extrajudicial. O estudo do inventário e da partilha exigirá o domínio não apenas do direito material civil, como também de importantes regras do Código de Processo Civil, além de Resoluções e Provimentos do Conselho Nacional de Justiça e normativas estaduais, como se constatará oportunamente. Veja, por exemplo, que

7. STJ, REsp. 1.706.999/SP. Julgado em 23.02.21.

8. STJ, REsp. 1.857.852/RS. Julgado em 16.03.21.

9. STJ, AgInt no AREsp. 1.924.962/CE. DJe 12.08.2022.

10. STJ, EAREsp. 365.011, REsp. 302.767, REsp. 1.633.254, AResp. 1.534.315, Resp. 1.639.021, Resp. 1.401.087, REsp. 1.633.254, REsp. 701.917, Resp. 1.444.867, Resp. 1.703.376, REsp. 1.583.314, REsp. 828.616 e AREsp. 1.534.315.

o STJ já decidiu o STJ ser possível o juiz do inventário proferir nova decisão para ajustar questão sucessória à orientação vinculante emanada do STJ, existente em inventário ainda não concluído¹¹, de modo a dialogar o direito processual civil com o próprio direito material.

3. PRESSUPOSTOS DO DIREITO HEREDITÁRIO

Duas situações fáticas devem estar presentes para que o direito hereditário se justifique na teoria jurídica. Denominaremos isto de pressupostos (aquilo que vem antes) do direito sucessório.

O **primeiro pressuposto** fático-jurídico do direito hereditário é a **morte**. Sem o óbito, o direito sucessório não acontece. Vivo o autor da herança, não há de se falar em aplicação de nenhum dos artigos de lei relativos ao direito hereditário (em regra). Justo por isto, inclusive, com o Código Civil proíbe a contratação sobre a herança pessoa viva¹² (vedação ao *Pacto de Corvina* – art. 426 do CC)¹³.

É bem verdade que, em raras oportunidades, algum assunto inerente ao direito sucessório acaba sendo tratado no CC fora do próprio livro das sucessões, e para casos entre vivos. Uma bela ilustração a este respeito gira em torno do art. 544 do CC, ao prescrever que a doação entre cônjuges, ou de ascendente para descendente “importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Trata-se de rara exceção à regra. Nela, o legislador utiliza de elementos do direito sucessório (no caso o signo *legítima*, previsto no art. 1.846 do CC), para disciplinar assunto relativo ao contrato de doação.

O planejamento sucessório, aqui rapidamente conceituado como conjunto de fatos, atos e negócios jurídicos praticados pela pessoa humana para eliminar, ou atenuar problemas sucessórios futuros também constitui outro belo exemplo da utilização de temas hereditários ainda em vida. Entretanto, é preciso que se tenha um sério cuidado na forma de se realizar o referido planejamento sucessório, notadamente para evitar futuras alegações de invalidade por fraudes ou simulações, como pode ocorrer na criação das denominadas *Holdings Familiares*, isto porque o total esvaziamento patrimonial da família configura “desrespeito às normas cogentes ou de ordem pública alusivas à sucessão legítima”¹⁴.

Um terceiro e último exemplo é visto na Teoria Geral dos Contratos tendo sido cunhado pela expressão *pacta corvina*, vale dizer, o contrato que tem como objeto herança de pessoa viva e que é vedado pelo Direito Brasileiro, como prescreve o art. 426 do CC. Mais uma vez elementos do Direito Sucessório, no caso o elemento da herança, é utilizado fora do campo específico das sucessões para disciplinar assunto de Direito Contratual.

O **segundo pressuposto** para que se opere o direito sucessório é a existência de pessoas (físicas ou jurídicas) legitimadas a receber a herança. Afinal de contas, se estamos a tratar de *transmissão*, há de se identificar, a *grosso modo*, quem transmite (o falecido) e quem recebe (os herdeiros). Tais sujeitos serão os herdeiros, legítimos, quando a hipótese envolver sucessão sem testamento,

11. STJ, Informativo 770. REsp. 2.017.064. 3ª Turma. Julgado em 11.04.2023.

12. Neste sentido, o Informativo 305/2006 do Superior Tribunal de Justiça: NULIDADE. PARTILHA. BEM. TERCEIROS. Foi realizada a partilha no processo de separação amigável entre o recorrente e a recorrida. Ficou ajustado que a varoa ficaria com a totalidade do único imóvel do casal e ao varão caberia “direito sucessório” ou “doação” de parte de um terreno de propriedade de seus sogros (ainda vivos à época da partilha) que sequer participaram do acordo. Diante disso, a Turma entendeu tornar nula a partilha, pois é certo que não se pode contratar herança de pessoa viva ou, nesses termos, obrigar quem não é parte no acordo à doação. (REsp 300.143-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 21/11/2006).

13. Sobre o tema morte, indica-se a leitura da Parte Geral, quando foi aprofundado o tema morte real e ficta, tanto com ou sem o procedimento de ausência. Igualmente resta enfrentado, na Parte Geral, o tema comoriência.

14. BUNAZAR, Maurício e TARTUCE, Flávio: *As “holdings familiares” e o problema da invalidade – Parte I: fraude à lei e simulação*. MIGALHAS nº 5.712. Acesso em 23 de outubro de 2023.

referidos no art. 1.829 do CC, ou testamentários, quando a situação disser respeito à existência de uma disposição de última vontade, na forma do art. 1.857 do CC. Na hipótese de não existirem herdeiros, ou destes não serem notoriamente conhecidos, a legislação civil brasileira solucionará a questão admitindo o recebimento da herança por um herdeiro anômalo, no sentido de atípico, não vulgar, caso em que se terá a denominada herança vacante, na forma do art. 1.820 do CC.

4. O FUNDAMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO

É de Maria Helena Diniz a advertência de que o fundamento do direito das sucessões tem sido objeto de muitas discussões doutrinárias: “Na verdade, pode-se dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família.”¹⁵

Uma pergunta importante deve ser feita para que possamos anuir com a reflexão posta: afinal de contas, se vivêssemos em uma sociedade na qual não existisse a propriedade existiria o direito hereditário? A tendência da resposta é ser negativa. Certamente por isto a doutrina de Orlando Gomes afirma que os fundamentos do direito sucessório estariam nos “mesmos princípios que explicam e justificam o direito de propriedade individual, do qual é a expressão mais enérgica e a extrema, direta e lógica consequência. Esse, o seu fundamento racional”¹⁶.

A doutrina uníssona caminha neste sentido, ao de afirmar que o **fundamento ideológico** do direito hereditário é a **propriedade**. Também a este respeito convergem Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio do Salvo Venosa e Carlos Alberto Gonçalves. Realmente, a **propriedade** se apresenta como um relevante **fundamento ideológico e teórico** para a existência do direito hereditário. Mas seria mesmo só isso? Um único fundamento?

Acreditamos que não. A dignidade humana do *de cuius* também a fundamenta, através do respeito a sua última vontade (real ou presumida), ainda que sobre situações existenciais, sem conteúdo econômico – manifestações políticas, ideológicas, sentimentais ou religiosas. Percebe-se, no direito sucessório, um verdadeiro respeito da autonomia privada *post mortem*.

Para chegar a este entendimento talvez seja interessante uma reflexão sobre o assunto pela via da perspectiva constitucional: qual seria o fundamento legal do Direito Sucessório?

Como bem observa Carlos Roberto Gonçalves “A Constituição Federal trouxe duas importantes disposições atinentes ao direito sucessório: a do art. 5º, XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do art. 227, § 6º, que assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, assim como por adoção.”¹⁷

De fato, compulsando-se o **art. 5º** da Constituição Federal, percebe-se que ela dedica **dois incisos** ao direito sucessório. Primeiramente, afirma que “é garantido o direito à herança” (inciso XXX). Após (inciso XXXI), prescreve que “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius”.

Conclui-se, por força disto, que o Poder Constituinte originário efetivamente desejou conferir ao direito hereditário um *status* constitucional diferenciado, inserindo-o no rol exemplificativo das **cláusulas pétreas**, como um **direito e garantia fundamental**.

15. *In Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. 2011. p. 19.

16. *In Sucessões*...p 3.

17. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. 2012, São Paulo: Saraiva. p. 24.

Isto porque como recorda Silvio de Salvo Venosa “A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988), está também protegendo a família e ordenando sua própria economia”¹⁸.

Assim como a propriedade foi garantida como um direito constitucional (inciso XXII do art. 5º), a herança – fundada nesta mesma propriedade, na família e nos valores da ordem econômica – também o foi, constituindo cláusulas pétreas de direitos e garantias fundamentais.

Em se tratando de uma cláusula pétrea e de uma garantia fundamental, algumas conclusões podem ser pensadas sobre este direito hereditário. Poder-se afirmar que, por força disto, submete-se o direito sucessório ao princípio do **não retrocesso** e da **eficácia horizontal**. Outra conclusão, disto decorrente, é a de que o Código Civil jamais poderá retirar da sua disciplina o livro das sucessões, ante o **garantismo** constitucional a impedir isto, sob pena de retrocesso inaceitável.

Ainda voltando os olhos à análise constitucional do tema, o inciso XXXI, do art. 5º também possui importância ímpar. Isto porque o legislador constitucional assegura ao cônjuge ou filho brasileiro, do *de cuius* **estrangeiro** que possua bens no Brasil, a aplicação da normatização mais favorável, entre a nacional e a estrangeira.

VAMOS ILUSTRAR PARA ENTENDER?

Imagine uma situação fática na qual o autor da herança é mexicano, casado com brasileira, sem filhos. Imagine, ainda neste exemplo, que os bens destes estrangeiros estejam situados no Brasil e que o mesmo tenha pai e mãe vivos. Ora, diante do óbito deste mexicano, a herança haverá de ser partilhada entre o cônjuge sobrevivente e os ascendentes do morto. Neste caso, não se aplicaria a legislação brasileira, mas sim a mexicana, pois, pelo CC do México (art. 1.626), concorrendo à sucessão cônjuge supérstite e ascendentes de primeiro grau, dividir-se-á a herança ao meio, ficando uma metade com o consorte e outra metade com os ascendentes. Esta lei é mais favorável, em comparação com a nacional brasileira. De fato, se fôssemos aplicar a lei do Brasil, o cônjuge herdaria um terço do acervo, e os ascendentes do extinto, dois terços (1.837 c/c 1.829, II).

Poderíamos concluir afirmando que existe um princípio da norma hereditária mais favorável ao brasileiro, na específica situação acima tratada.

Além disto, fechando a análise do fundamento constitucional maior, o art. 227 da Constituição Federal regula sobre a **isonomia ou igualdade filial**. Como visto no capítulo dos princípios do direito das famílias, diuturnamente não mais há diferenças entre os filhos em função de sua origem. Pouco importa se a filiação decorre do casamento, da união estável, de adoção, de concubinato... O direito os tratará isonomicamente, inclusive quanto à sucessão.

5. ALGUMAS SITUAÇÕES NAS QUAIS OS PROBLEMAS HEREDITÁRIOS SERÃO RESOLVIDOS POR NORMAS JURÍDICAS ESPECÍFICAS

É importante saber que a legislação brasileira disciplina algumas situações jurídicas nas quais, mesmo havendo o evento morte, a solução não se dará pelo direito hereditário, afastando a disciplina sucessória da parte **especial** do Código Civil. Nessa esteira de pensamento,

18. **Direito Civil**. 7. ed. 2007, São Paulo: Atlas. p. 7.

informa Carlos Roberto Gonçalves¹⁹ haver situações previstas em normas extravagantes e atinentes ao direito sucessório, cuja aplicação prefere aos preceitos codificados na parte relativa à sucessão.

Vamos apresentar alguns exemplos para ilustrar esta situação jurídica.

Segundo o art. 520 do Código Civil “O direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros”. Como se pode observar, há uma disciplina normativa fora da parte especial do direito sucessório que, de rigor, trata do tema. Na hipótese, a legislação cível disciplina a intransmissibilidade hereditária no campo dos contratos em espécie, especificamente sobre o direito de prelação.

A Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), em seu art. 45, inciso I, afirma pertencer ao domínio público, além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, “as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores”. Aqui se tem mais uma regra de exceção. De fato, a parte especial do Código Civil aduz que, na falta de herdeiros, a herança se torna **vacante** e passa ao **Município**. Apesar disto, esta regra não se aplica ao tema dos direitos autorais por força da legislação própria supracitada.

De igual sorte, o Decreto-Lei 3.438/41 proíbe a sucessão do cônjuge estrangeiro em terreno de marinha (art. 18, § 2º), o que evidencia outra norma jurídica distinta impactando o campo das sucessões.

Mas certamente um dos temas mais instigantes sobre o assunto posto gira em torno da Lei nº 6.858/80. Em havendo morte do trabalhador, o saldo do FGTS deverá ser destinado, em cotas iguais, aos habilitados para este fim perante a previdência. Apenas na falta destes dependentes é que farão jus ao recebimento do saldo os sucessores previstos na lei civil, **indicados** em **alvará** judicial, expedido a requerimento, **independentemente** de inventário ou arrolamento²⁰.

Destarte, além da hipótese supracitada, há outras nas quais a liberação dos valores sequer demandará o ajuizamento de ação de inventário e partilha, bastando mera demanda autônoma. São elas:

- quantias devidas pelos empregadores (públicos ou privados), sob qualquer título.
- saldos em contas individuais do FGTS e do PIS-PASEP.
- Restituições do IRPF e demais tributos.
- Saldos de contas bancárias, caderneta de poupança e fundos de investimento²¹.

Percebe-se, do aqui explicitado, que há um rol de situações na quais as soluções não estão postas na legislação sucessória geral, mas sim em normas especiais. Desta maneira, pode-se concluir que o CC disciplina normas gerais de direito sucessório que podem até mesmo ser aplicadas de forma complementar, residual e supletiva às normas especiais, desde que as

19. *In Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. 2013. p. 27.

20. Conforme entendimento do STJ, em arrolamento sumário a homologação da partilha ou da adjudicação, bem como a expedição do formal de partilha e da carta de adjudicação não se condicionam ao prévio recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis* devendo ser comprovado, todavia, o pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas. STJ, REsp. 1.896.526. Recursos Repetitivos. Tema 1074. Notícia de 23.11.22.

21. Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CÍVEL PEDIDO DE ALVARÁ PARA LIBERAÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS A TÍTULO DE FGTS. EXISTÊNCIA DE BEM IMÓVEL A INVENTARIAR. DESNECESSIDADE DE ABERTURA DE INVENTÁRIO. Independentemente da existência de bens e herdeiros não habilitados como dependentes previdenciários, aplica-se o art. 1º da Lei 6858/80 para fins de autorizar, via alvará judicial, o recebimento de valores não recebidos em vida pelo titular, oriundos do FGTS, dispensado o inventário. Precedentes. Deram provimento. Unânime. (TJ-RS – AC: 70042120840 RS, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 28/07/2011)

normas específicas nada tratem sobre o assunto e, além disto, que a norma geral do CC não seja incompatível.

6. NATUREZA JURÍDICA DA HERANÇA: INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA E JUÍZO UNIVERSAL

A análise conjunta do sistema normativo do Código Civil em vigor nos leva à inevitável conclusão de que a herança é **bem legalmente imóvel**, submetida ao regime jurídico de um **condomínio indivisível**, surgindo, a partir de então, **o juízo universal da herança**.

Apresenta esta ideia com muita clareza Silvio de Salvo Venosa, para quem, por uma necessidade prática, mesmo após a morte do sujeito, o patrimônio permanece íntegro sob a denominação de espólio, com “caráter de indiviso, como consequência da universalidade que é”.²² Sobre o espólio é bom que se observe que o mesmo será composto por todos os bens do falecido, sejam eles bens materiais, sejam eles bens imateriais.

A este respeito, no ano de 2021, o IBDFAM produziu o Enunciado 40 para afirmar que “A herança digital pode integrar a sucessão do seu titular, ressalvadas as hipóteses envolvendo direitos personalíssimos, direitos de terceiros e disposições de última vontade em sentido contrário”. A chamada **herança digital** ainda é um assunto pouco explorado nos Manuais de Direito Civil e o Código Civil é absolutamente omissivo a respeito deste assunto. Sobre o tema tramita o Projeto de Lei nº 1.689/2001 na Câmara dos Deputados cujo objetivo é fixar regras para provedores de aplicações de internet tratem perfis, páginas, arquivos na nuvem, contas de e-mail, sites da internet, publicações e acesso à página pessoal do falecido mediante apresentação do atestado de óbito. Evidentemente que se trata de um tema urgente e relevante à sociedade brasileira. De qualquer modo, o fiel da balança sobre o assunto reside na necessidade de sopesar o direito à herança com o respeito à inviolabilidade da vida privada e da intimidade do finado. O referido Projeto de Lei almeja incluir disposições no CC e na Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) a este respeito. Em tempos de virtualização das relações humanas, onde se tem falado até mesmo em “metaverso”²³ o tema da herança digital ganha cada vez mais força.

Justo por ser juridicamente qualificado como imóvel (CC, art. 80, II), a **cessão da herança** exigirá **escritura pública** (CC, art. 1.793) sob pena de nulidade absoluta por vício de forma (arts. 104 e 166, IV, CC). Também por ser imóvel, a exigência da outorga conjugal será necessária, independentemente de ser o autor da herança único dono do bem (art. 1.647, I, CC).

O mesmo pensamento aplica-se à **renúncia da herança** (CC, art. 1.806), a qual há de acontecer por instrumento público ou termo judicial, sob pena de nulidade absoluta (arts. 104 e 166, IV, CC), e igualmente exige vênua conjugal (art. 1.647, I, CC).

A teor do art. 91 do CC é possível afirmar ainda que a herança é uma **universalidade de direito**, afinal de contas, traduz “o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

22. **Direito Civil**. 7. ed. 2007, São Paulo: Atlas. p. 7.

23. O metaverso (além do que vem do universo) seria um lugar imaginário criado a partir da convergência entre uma realidade física tecnologicamente aprimorada e o espaço virtual coletivamente compartilhado de modo a sintetizar a soma de todos os mundos virtuais, com a realidade aumentada e a internet. Este mundo virtual em terceira dimensão pode ou não ter referência do mundo físico. A literatura *cyberpunk* já tratava do assunto desde 1980. Trata-se de um tema que vem ganhando curiosidade social nos últimos tempos.

Confirma a tese o art. 1.791 do CC, segundo o qual “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”, razão pela qual até a sua partilha o direito de propriedade dos coerdeiros será indivisível e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. Entende o STJ²⁴, nada obstante, que a homologação da partilha, por si só, não constitui circunstância apta a impedir que o juízo do inventário promova a constrição determinada por outro juízo como, por exemplo, a penhora no rosto dos autos a que se refere o art. 860 do CPC.

Sendo a herança um **condomínio**, enquanto não houver a partilha, a situação será de **composse**, como se pode justificar pelo art. 1.199 do CC: “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela os atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros”. Encontram-se os herdeiros na condição de composse, porque são condôminos. Como condomínio que o é, os herdeiros terão de contribuir, na proporção de suas cotas, para as despesas de conservação da coisa, suportando os ônus a que estiverem sujeitas (CC, 1.315).

7. AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E O DIREITO HEREDITÁRIO

O art. 1.844 do CC prescreve nos casos de morte, se o *de cujus* não possuir cônjuge ou companheiro sobrevivente “nem parente algum sucessível”, ou se tais pessoas renunciarem à herança, que “esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal”, se localizadas nas respectivas circunscrições “ou à União, quando situada em território federal”.

ATENÇÃO!

STF - Súmula 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. O A Segunda Seção do STJ, dirimindo conflito jurisprudencial entre a Terceira e Quarta Turmas, decidiu que o prazo prescricional para propor ação de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, aplicando-se a corrente objetiva (STJ, Informativo 757, de 21 de novembro de 2022).

No informativo 680, o STJ decidiu ser desnecessária a inclusão dos parentes colaterais do *de cujus* no polo passivo da ação de reconhecimento e dissolução de união estável post mortem, o que não impede a assistência simples dos mesmos (REsp. 1.759.652-SP. DJe 25.09.2020).

Portanto, algumas pessoas jurídicas de direito público interno (Município, Distrito Federal ou União) podem se tornar proprietários da herança, nas hipóteses acima identificadas. Pergunta-se: desta forma, significa dizer que tais entes são herdeiros? Em qual qualidade jurídica se dá esta aquisição da herança?

A resposta a esta reflexão exige uma prévia leitura do art. 1.829 do CC, o qual se dedica a disciplinar a ordem de vocação hereditária. Em tal artigo, não há menção ao Poder Público como herdeiro. Salienta-se que o Código Civil de 1916 disciplinava o assunto de forma diversa, quando inseria, no seu art. 1.603, inciso V, o Estado (Poder Público) no rol da vocação hereditária; fato que hoje não mais ocorre.

Assim, em uma análise histórica se conclui que o Poder Público **não é herdeiro**, mas **sucessor anômalo ou irregular**, constituído pela norma jurídica por força do fundamento de não ser conveniente existir propriedade sem dono, muito menos que não atenda à função social. Se herdeiro não há, que tal propriedade seja destinada ao Poder Público para que interesses coletivos sejam atendidos pela Administração Estatal.

24. STJ, REsp. 1.877.738/DF. DJe 11.03.21.