



Luciano Figueiredo
Roberto Figueiredo

Direito Civil

Famílias e Sucessões

10^a
Edição

Revista,
atualizada
e ampliada

2024

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

civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental”.

Ademais “caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar”.

O direito brasileiro está em evolução quanto ao tema da alienação parental. O atual CPC, em seu art. 699, introduziu o tema na processualística, notadamente na disciplina das ações de famílias, prescrevendo que “Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista”. A doutrina continua a debater o assunto. Em 4 de abril de 2017 veio a lume a Lei Federal nº 13.431 estabelecendo o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Curiosamente, a norma faculta àqueles entre 18 e 21 anos que também se beneficiem deste sistema normativo (parágrafo único, do artigo 3º).

Na III Jornada de Direito Processual Civil ocorrida em 2023 foi produzido o Enunciado 181 afirmando ser vedado o depoimento, ou testemunho de criança ou adolescente pela via extrajudicial, seja por tabelião, ata notarial ou escritura pública de declaração. Quando o objeto do processo for relacionado a abuso ou alienação parental e for necessário o depoimento da criança ou adolescente, a escuta deverá ser realizada conforme procedimento previsto na Lei 13.431/2017, sob pena de nulidade. É o que afirma o Enunciado 182 da mesma III Jornada de Direito Processual Civil.

As formas de violência tratadas pela referida legislação estão divididas em física e psicológica, entre as quais qualquer conduta de discriminação, depreciação, desrespeito, ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal, xingamento, violência sexual, exploração sexual comercial, ridicularização, indiferença, exploração, intimidação sistemática (bullying) comprometedores do desenvolvimento psíquico ou emocional da mesma, como ainda o ato de alienação parental.

Interessante ressaltar que a norma autoriza, para a hipótese de revelação espontânea da violência, que a criança ou o adolescente sejam chamados a confirmar os fatos por meio de escuta especializada e depoimento especial. De acordo a esta legislação, são direitos da criança e do adolescente, entre outros, receber prioridade absoluta e ter considerada a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, obtendo tratamento digno e abrangente, recebendo informações ade-

quadas à sua etapa de desenvolvimento sobre seus direitos, expressando seus desejos e opiniões, sendo ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sendo avaliado continuamente sobre sua segurança, sobre a possibilidade de intimidação, ameaça ou outras formas de violência e assistido por profissional capacitado, bem como conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento assistido, convivendo em família e em comunidade.

Portanto, a par dos efeitos cíveis que uma alienação parental venha a ensejar será também possível se utilizar do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente encaminhando expedientes à autoridade policial do local dos fatos, ao Conselho Tutelar e ao Ministério Público, para apuração específica, de modo que a Lei Federal nº 13.431/2017 constitui importante mecanismo a ser utilizado também nos casos de alienação parental.

1.2. Pluralismo das entidades familiares

antes de 1988, o direito nacional apenas enxergava como família aquela constituída dentro do casamento. O direito, à época, ia na contramão dos outros ramos do conhecimento. Isto porque, como lembra Paulo Luiz Netto Lôbo²⁵, a antropologia, a sociologia, a psicanálise, a psicologia, dentre outros ramos do saber, não restringiam a família ao casamento.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 que tal equívoco fora desfeito. Inovando o direito nacional, informa e Constituição Cidadã no seu art. 226 que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Passa a legislação brasileira a fornecer instrumentário ao operador do direito para a tutela dos diversos arranjos familiares. Ainda neste mesmo artigo, o constituinte aborda como núcleos familiares típicos o casamento (§§ 1º e 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (vertical, pois formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, a exemplo de um viúvo e sua prole, conforme o § 4º).

A doutrina, fazendo a leitura do artigo em comento, questiona-se: as famílias enumeradas na Constituição Federal são taxativas ou exemplificativas?

Um dos primeiros doutrinadores a levantar esta problemática foi Paulo Lôbo, em um artigo científico intitulado: Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*²⁶. Naquele trabalho acadêmico, o festejado professor já externava a sua opinião no sentido de que a enumeração constitucional em comento é exemplificativa, sendo plenamente possível a inclusão de novos núcleos familiares; núcleos atípicos.

Esta pluralidade de núcleos familiares é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual entende que nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o me-

25. Op. Cit. Pág. 56.

26. *Revista Brasileira de Direito de Família – RBDFam*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM n 12, jan./mar. 2002.

lhor interesse da criança, priorizando as relações afetivas, sendo assim, admitida a possibilidade do casal homoafetivo adotar²⁷.

O pluralismo das entidades familiares é resultado dessa hermenêutica constitucional fincada na dignidade, igualdade e liberdade não pode ter como resultado a limitação de formas no exercício do afeto. Em um direito repersonificado e despersonalizado, a tutela é do ser humano, e não do arranjo familiar puramente. Protege-se a família para proteger o seu integrante (família instrumento). Assim, pouco importa o arranjo familiar, mas sim a dignidade de seus integrantes.

Tal conclusão também é encontrada pela simples leitura do art. 226 da CF/88. Com efeito, quando o *caput* fala, genericamente, sobre a proteção estatal das famílias, não a direciona apenas aos modelos estabelecidos nos parágrafos, deixando clara a tessitura normativa aberta da questão.

O pluralismo das entidades familiares impõe a conclusão jurídica no sentido de que em havendo afetividade, estabilidade e convivência pública (ostentabilidade), haverá família. Tem-se como possível o encaixe na norma inclusiva de família do art. 226 da CF. Infere-se, portanto, que a família tem uma função social, a qual traduz a necessidade de tutela do ser, integrante deste arranjo familiar. Por este motivo, tornou-se imperativo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, quando atendidos os requisitos legais²⁸.

27. "MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. (...) Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfilhacão de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles. (REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010).

28. "União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas

A pluralidade das famílias, ainda em uma leitura sistemática, tendo como tábua interpretativa as normas nacionais e os tratados internacionais, gera a conclusão inequívoca de que efetivamente o rol do art. 226 da CF é meramente exemplificativo, incluindo as relações homoafetivas, portanto.

O Brasil é signatário de uma **Convenção Internacional** celebrada na Indonésia e que contou com a participação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, quando, então, foi elaborada uma **Carta de Princípios** (Princípios da Yogyakarta), cuja principal característica será traduzir recomendações dirigidas a todas as nações.

No bojo desta carta de princípios exsurge o de número 24, segundo o qual toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

É possível afirmar que internacionalmente já se entende algo muito simples: as famílias existem em diversas formas e nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Princípios da Yogyakarta recomendam aos Estados Estrangeiros que adotem todas as medidas legislativas, administrativas necessárias para assegurar o **direito de constituir família**, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

A procriação assistida é vista como um direito internacional, devendo os Estados Nacionais reconhecerem a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento, e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração.

► **Como o Supremo Tribunal Federal se Pronunciou sobre o assunto?**

Esta carta de princípios serviu de fundamento ao julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no **RE n. 477554-MG**. Ali se valorizou a **função contramajoritária da jurisdição constitucional** em nítido reconhecimento da necessidade em se dar **eficácia horizontal** aos direitos **fundamentais** em face das relações privadas.

Nessa ordem de ideias, em uma interpretação dos direitos e garantias constitucionais pautada também naqueles incorporados por tratados e acordos internacionais (art. 5º, § 2º da CF/88), pode-se afirmar, mais uma vez, a enumeração

constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo" (TJRS, Apelação Cível 70012836755, 7ª Câmara Cível, Relatora Maria Berenice Dias, julgado em 21/12/2005).

exemplificativa do art. 226 da CF. Em sendo o rol exemplificativo, quais arranjos poderiam ser incluídos? A doutrina, em um esforço construtivo, vem fazendo a inserção de novas entidades familiares, as quais passam a ser visitadas.

A primeira delas é a **família anaparental**, ou seja, aquela em que inexistente a presença de um pai, mas cujo núcleo familiar persiste, porquanto o afeto. Exemplifica-se com dois irmãos que residem juntos. Trata-se, por conseguinte, de uma **família horizontal** sob o ponto de vista genealógico²⁹.

► **Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema?**

O próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu tutela a este arranjo familiar, ao informar a impenhorabilidade de imóvel no qual residiam dois irmãos, por considerá-lo bem de família (REsp 159.851-SP/1998).

A segunda entidade que habita o rol exemplificativo é a **família reconstituída**, também denominada como recomposta, recombinada ou ensamblada (esta última expressão advinda do direito argentino). Tal núcleo familiar decorre de novas núpcias ou união estável. Percebe-se quando alguém que é casado, por exemplo, se divorcia, e passa a constituir uma nova união. Neste caso há filhos do casamento pretérito, filhos na nova união, atual companheira, etc.

Verifica-se que a dignidade e o afeto abrem os poros das relações familiares, tornando-se a família plural, múltipla, submetendo-se a rol não exaustivo. Dentro desse contexto, hoje não se deve ter mais a ideia negativa de padrasto e madrasta, por exemplo. Destarte, hoje já é possível, até mesmo, o acréscimo do sobrenome do padrasto ou da madrasta, desde que haja a concordância de todos os envolvidos (art. 57, § 8º da Lei 6.015/73).

Ainda perquirindo o rol exemplificativo, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma oportunidade, afirmou ser o núcleo homoafetivo (também chamada de união livre) uma entidade familiar, adentrando a tutela do art. 226 da CF. Em 2011 o STF foi além, pois, após reconhecer como entidade familiar, permitiu a aplicação por analogia das regras da união estável à união homoafetiva. Sobre o tema, vide a **ADPF 132-RJ** e a **ADI 3300/DF**.

Este entendimento é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, no seu informativo nº 472, do ano de 2011³⁰. Enxergando a família como instrumento de proteção do ser humano, o Superior Tribunal de Justiça passou a defender a tese

29. DE BARROS, Sérgio Resende. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 24 maio 2007.

30. STJ. UNIÃO HOMOAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. PARTILHA. É possível aplicar a analogia para reconhecer a parceria homoafetiva como uma das modalidades de entidade familiar. É necessário demonstrar a presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável – entidade que serve de parâmetro diante da lacuna legislativa –, exceto o da diversidade de sexos, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família e sem os impedimentos do art. 1.521 do CC/02 (salvo o do inciso VI em relação à pessoa casada separada de fato ou judicialmente). REsp 1.085.646, rel. Min. Nancy Andrighi, 11.5.11. 2ª S. (Info 472, 2011).

da existência de uma família unipessoal (*single*), formada por uma única pessoa (viúvo, padre, solteiro, divorciado...) e considerada com entidade familiar para fins da proteção do bem de família (Súmula 364 do STJ). Evidentemente, com a devida *venia* de quem pensa em sentido oposto, não se trata de família propriamente dita (sendo inimaginável haver família de uma só pessoa), mas tão somente de extensão à proteção do direito social de moradia à pessoa humana (*single*).

Malgrado a enumeração exemplificativa, o Supremo Tribunal Federal não vem inserindo o concubinato como entidade familiar, conferindo meros efeitos obrigacionais, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço em comum, nos moldes da sociedade de fato (Informativos 509, 519 e Súmula 380 do STF). É cediço, porém, que a doutrina caminha no sentido de incluir o concubinato no rol de entidades familiares. O tema será verticalizado no capítulo dedicado ao direito convivencial.

Voltando ao rol de famílias em sua pluralidade, impende ressaltar que o legislador constituinte não construiu uma escala afetiva. Não há de se falar em uma escala de importância das entidades. O casamento não é mais importante do que a união estável, e esta não é mais importante do que a monoparental, a qual não é superior à anaparental...

1.3. Solidariedade familiar

Podemos afirmar com segurança que a solidariedade familiar decorre da própria noção constitucional e principiológica da solidariedade social (art. 3º, inciso I, da Constituição). Nas pegadas da *Lex Legum* são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma **sociedade livre, justa e solidária**. Ora, se a família é a base da sociedade e se esta sociedade há de ser erigida pela teia da solidariedade social, é inegável concluir pela existência lógica do princípio da solidariedade familiar, enquanto consectário necessário do objetivo fundamental republicano.

Não estamos sozinhos neste entendimento. Ao contrário, isto é o que sustenta a doutrina atual³¹: “A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo 3º, I, da CF, no sentido de buscar uma sociedade livre, justa e solidária. Por essas razões, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outras coisas, o pagamento de alimentos.” A solidariedade é a dimensão coletiva da dignidade da pessoa humana, dentro de uma concepção metaindividual, exógena, estritamente relacionada com o advento dos direitos sociais e, particularmente, a função social da família³². A jurisprudência brasileira caminha nessa direção.

A solidariedade social está diretamente alinhada ao princípio da **eticidade** das relações privadas brasileiras. A própria noção de boa-fé objetiva, enquanto

31. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil Vol. 5 – Direito de Família, 7. ed. Método, 2012.

32. Sobre o tema é interessante a consulta à obra Coordenada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama sobre o tema, intitulada Função Social no Direito Civil.

regra de conduta imposta pelo art. 113 do CC, exige o comportamento das partes pela tessitura da solidariedade familiar. Nesta concepção fraterna e solidária é que se legitima o dever de pagamento dos débitos alimentares em decorrência da relação de parentesco. O art. 1.694 do CC bem exemplifica esta possibilidade. Nele a legislação afirma que: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Sobre o tema, o Instituto Brasileiro de Direito de Família consolidou em 18 de outubro de 2019 o **Enunciado 34** sustentando a tese doutrinária segundo a qual é possível a relativização do princípio da reciprocidade, acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, nos casos de abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos, fundada no princípio da solidariedade familiar, que o genitor nunca observou.

O fato gerador dos alimentos se justifica na solidariedade familiar. Como a família não é necessariamente biológica, podendo surgir por laços civis de adoção ou socioafetividade, pode-se mesmo concluir, à guisa da solidariedade familiar, que o aludido princípio é aplicável tanto em face daqueles que se unem pelo sangue, como para toda e qualquer outra pessoa que integra uma família.

Ainda sobre o tema da solidariedade familiar, existe um curioso julgado do STJ no qual o devedor de alimentos, apesar de ter sido exonerado judicialmente do dever alimentar e de ter logrado êxito em ação revisional, resolveu, aparentemente por conta própria, arcar com o pensionamento por cerca de 15 (quinze) anos. Neste julgado, o STJ reconheceu que o instituto da *surrectio* costuma balizar a interpretação na esfera contratual, bem como os deveres anexos à obrigação principal, em um contexto normalmente diverso do direito de família, que se rege por princípios autônomos àqueles aplicáveis, como regra, aos negócios jurídicos de modo geral. Por força disto, o STJ entendeu que a liberalidade em questão não ensejou direito subjetivo algum, pois a própria beneficiária já tinha ciência de que o direito pleiteado era inexistente. Afirmou que o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges é regra excepcional que desafia interpretação restritiva³³.

1.4. Igualdade entre os consortes

O modelo democrático e igualitário de família não mais permite enxergá-la sobre o direcionamento de apenas um dos consortes. Assim, diuturnamente não mais se fala em pátrio poder ou chefe de família, haja vista ser defasada a noção da sobreposição paterna sobre os demais membros da entidade familiar.

Tal premissa, hoje consolidada, sofria resistência no passado. Na época romana, o *pater familias* (varão), tinha o *ius vitae et necis*, o qual consistia em poder de vida e morte sobre todos os integrantes do seu núcleo familiar (esposa e filhos). A esposa, neste cenário, era reduzida à condição análoga de filha, tenho o marido,

33. STJ. REsp. 1.789.667-RJ. DJe 22.08.19. Informativo n. 654.

além do poder decisório sobre sua vida, a gestão única de todo o patrimônio familiar. Esses aspectos são inimagináveis nos dias de hoje.

Na atual concepção igualitária, não mais há de se falar em pátrio poder, mas sim em poder familiar. Este é exercido em igualdade de condições entre os genitores, seja na criação dos filhos, na eleição do domicílio ou na gestão patrimonial. Tal noção de isonomia decorre dos arts. 5º e 226 da CF/88. Esta igualdade entre os consortes iluminou o Código Civil, por exemplo, na questão do acréscimo do sobrenome no momento do matrimônio. No modelo primitivo, na hipótese de matrimônio a esposa acrescia o patronímico do marido. Hodiernamente há isonomia e liberdade. Os consortes poderão (e não deverão) acrescentar o sobrenome do outro, livremente, acaso desejarem (art. 1565, § 1º do CC).

Esta igualdade entre os consortes também pode ser verificada com a emancipação da mulher no atual cenário, também se admitindo o pedido de alimentos por parte do cônjuge homem. O Superior Tribunal de Justiça vem considerando excepcionais e temporários os alimentos entre os cônjuges, avaliando o binômio necessidade do alimentando/possibilidade do alimentando, bem como a possibilidade de reinserção do ex-cônjuge alimentando no mercado de trabalho, a partir de caso concreto³⁴.

Outra questão interessante relacionada à isonomia diz respeito à Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). O artigo primeiro da aludida norma informa que o escopo da lei é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Não há dúvidas que, historicamente, a violência doméstica se dirige preponderantemente da figura masculina à feminina. Todavia, isto não quer significar a ausência de tutela da vítima (masculina) na situação oposta (agressão feminina).

Malgrado mais rara, há registros de agressões femininas. Há casais, inclusive, nos quais a completude física da mulher é superior à do homem. Neste cenário, deve ser aplicada a tutela da Lei Maria da Penha?

O tema é polêmico. Todavia, já há decisões ordenando a aplicação, a exemplo de uma datada de 2008, oriunda do Estado de Cuiabá. O Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, a época titular do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, entendeu pela aplicação da Lei Maria da Penha para proteção de um cidadão, que sofria agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte de sua ex-mulher (autos 1074/2008). Tal notícia foi veiculada no site do CONJUR.

34. RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS E RECONVENÇÃO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL – NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE – JULGAMENTO EXTRA PETITA – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO – INCIDÊNCIA ANALÓGICA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA/STF – OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA – CARÁTER TRANSITÓRIO – ADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES – HIPÓTESE APLICÁVEL AO CASO DOS AUTOS – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. [...] III – Admite-se o caráter transitório conferido à obrigação alimentícia, porquanto a fixação de alimentos por tempo determinado, dependente da análise do caso concreto, constitui instrumento de motivação para que o alimentando procure meios próprios de subsistência, para que não permaneça, por tempo indeterminado, em ociosidade, a depender do conforto material propiciado pelos alimentos que lhe são prestados pelo ex-cônjuge, sendo esta a hipótese dos autos; IV – Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1112391/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 23/05/2011).

Nessa esteira de pensamento, plenamente possível, até mesmo, a aplicação das tutelas específicas decorrentes da Lei Maria da Penha em favor do homem, como o mandado de distanciamento (restrição de aproximação) se no caso concreto o magistrado identificar e presença de situação justificadora de violência doméstica em prestígio a própria noção de isonomia a ser maximizada. Contudo, trata-se de tema ainda debatido na doutrina e jurisprudência.

Outra situação que causa estranheza é a possibilidade de escusa da tutela por parte da mulher casada (art. 1.736, I do CC). Segundo o Código Civil, é possível que a mulher casada, nomeada como tutora, se escuse do exercício do encargo. Mas por qual motivo a mulher casada possui tal prerrogativa e o homem casado não a tem? Hoje resta ultrapassado um modelo familiar no qual a mulher apenas se dedica aos afazeres domésticos, enquanto o homem se lança no mercado de trabalho. Em muitas situações ocorre justo o inverso.

Afinal, por que a mulher casada poderia se escusar e o homem casado não? Por que apenas quem está em casamento poderia se escusar e quem está em união estável não poderia? Isso afetaria o princípio da isonomia entre os cônjuges?

Remete a norma ao ultrapassado período no qual apenas a mulher se dedicava aos afazeres doméstico, merecendo reforma. Neste sentido, caminha com acerto o Enunciado 136 do CJF, ao advertir que não há qualquer justificativa para autorizar às mulheres casadas a se escusar da tutela, aspecto que vai de encontro ao princípio da igualdade, seja entre homem e mulher, seja entre casamento e união estável.

Em síntese, nos parece igualmente inconstitucional a norma em comento. Destarte, mais uma vez tal posicionamento é doutrinário, carecendo o tema de uma consolidação jurisprudencial.

1.5. Melhor interesse

Uma das mais significativas mudanças de paradigma que o direito civil-constitucional experimentou foi a que inseriu a criança e o adolescente na condição de sujeito de direitos privilegiados, submetidos à **proteção integral** e à **prioridade absoluta**. O art. 203 da CF reconhece o direito de assistência social a ser prestado a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, destacando, todavia, que a mesma terá como objetivo a família, a maternidade, a **infância** e a **adolescência** (inciso I), enfatizando, logo após (inciso II), o “amparo às crianças e adolescentes carentes”.

Ao dispor sobre a saúde, a *Lex Fundamental*, em seu art. 208, reconhece a garantia à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurando, inclusive, oferta gratuita deste direito a quem dele necessitar (inciso I). A educação infantil (inciso IV, art. 208), em creche ou pré-escola, o acesso aos níveis mais elevados de ensino, também ali estão presentes.

Todavia, o mais emblemático dos preceitos constitucionais sobre o assunto é o do art. 227, o qual impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar

à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade”, o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, colocando-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sobre a convivência familiar, em particular, à luz do próprio melhor interesse, o IBDFAM produziu o Enunciado 38 sustentando que “A interação pela via digital, ainda que por videoconferência, sempre que possível, deve ser utilizada de forma complementar à convivência familiar, e não substitutiva”.

Sem dúvida, a mera leitura destes preceitos é prova concreta do **garantismo constitucional diferenciado** em favor da criança e do adolescente³⁵. À título ilustrativo, o STJ já decidiu à luz da doutrina da proteção integral estabelecida no art. 1º do ECA e do princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente (art. 227 da CF) ser inviável a expulsão de estrangeiro visitante ou migrante do território nacional quando comprovado se tratar de pai de criança brasileira que se encontre sob sua dependência socioafetiva³⁶. Eis um ilustrativo caso concreto no qual se decidiu uma questão alusiva à expulsão de estrangeiro com fundamento em uma norma de direito de família.

Importante ilustração do princípio do melhor interesse na jurisprudência brasileira diz respeito ao que decidiu o STF no ARE nº 1.267.879³⁷ reconhecendo como ilícita a recusa dos pais da vacinação aos filhos menores. No conflito em debate, de um lado da balança se sustentava o direito dos genitores de dirigir a criação dos próprios filhos conforme suas liberdades de consciência (art. 5º, VI e VIII da CF), escolhas ideológicas, políticas e religiosas. Do outro lado, o dever do Estado de proteger a saúde das crianças e da coletividade por meio de políticas sanitárias preventivas de doenças infecciosas, como é o caso da vacinação infantil (arts. 5º, 196 e 227 da CF).

Também seria possível ilustrar a relevância do assunto através da Lei Federal nº 13.185 de 6 de novembro de 2015, que institui o programa de combate à intimidação sistêmica (*Bullying*).

Segundo a norma, considera-se *Bullying* “todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas” (§ 1º do art. 1º da Lei).

Caracteriza-se a intimidação sistemática (**bullying**) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda, ataques físicos; insultos pessoais; comentários sistemáticos e apelidos pejorativos; ameaças por quaisquer meios; grafites depreciativos; expressões preconceituosas;

35. Como será visto adiante, a Constituição também assegura proteção diferenciada ao idoso. Justo por isto, ao lado do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) existe o Estatuto do Idoso, ambos vigentes no Brasil.

36. STJ, HC nº 666.247/DF. DJe 18.11.21.

37. STF, Plenário. ARE 1.267.879. Julgado em 16.12.20.

isolamento social consciente e premeditado; pilhérias, etc. A legislação também prevê a intimidação sistemática na rede mundial de computadores (**cyberbullying**), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

O escopo da norma não é punir, mas constituir objetivos de um programa para prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (**bullying**) em toda a sociedade; capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema; implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação; instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores; dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores; integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo; promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua; evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil; promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (**bullying**), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar.

Justamente por isto é que o art. 5º da referida norma impõe como dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (**bullying**).

Para tanto, serão produzidos e publicados relatórios bimestrais das ocorrências de intimidação sistemática (**bullying**) nos Estados e Municípios para planejamento das ações. De igual maneira, os entes federados poderão firmar convênios e estabelecer parcerias para a implementação e a correta execução dos objetivos e diretrizes do Programa instituído por esta Lei.

Por óbvio, o melhor interesse da criança e do adolescente repercute também nas decisões judiciais acerca da **guarda do menor**³⁸. Tudo isto é revelado pela dou-

38. "PROCESSO DE DISPUTA DE GUARDA ENTRE AVÓS MATERNO E PAI. SEPARAÇÃO DO CASAL, SEGUIDA DO FALECIMENTO DA MÃE, ENTÃO GUARDIÃ DA MENOR, NA OCASIÃO COM QUATRO ANOS DE IDADE. SENTENÇA QUE DEFERE A GUARDA AO CASAL DE IDOSOS. INSURGÊNCIA DO GENITOR. ARGUMENTO DE DESATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. NOTÍCIA DO PASSAMENTO DA AVÓ, SUPERVENIENTE À PROLAÇÃO DA DECISÃO. GUARDA SUBSISTENTE NA PESSOA DO AVÔ, DE 76 ANOS. AUSÊNCIA DE DEPOIMENTO PESSOAL DAS PARTES E DE LAUDO PSICOSSOCIAL DA ATUAL COMPANHEIRA DO APELANTE, EM QUE PESEM AS ACUSAÇÕES DE AGRESSIVIDADE PARA COM A INFANTE. NECESSIDADE DE NOVOS ESTUDOS NOS LARES DOS ENVOLVIDOS, BEM COMO SUA OITIVA. CAUTELA INDISPENSÁVEL À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS À MENOR QUE, APESAR DA TENRA IDADE, EXPERIMENTOU SOFRIMENTOS E PERDAS SIGNIFICATIVAS. DETERMINADA A COMPLEMENTAÇÃO DA INSTRUÇÃO COM A CONVERSÃO DOS AUTOS EM DILI-

trina e pela jurisprudência como um princípio denominado de **melhor interesse**. Sim, a *Lex Legum* não confere à infância e juventude uma proteção qualquer. Ao contrário disto, o Poder Constituinte é firme e claro ao demonstrar o seu desejo em outorgar, na hipótese, **diferenciada proteção** jurídica.

Portanto, o princípio do melhor interesse é fundamento para dirimir conflitos que envolvam crianças e adolescentes, conferindo uma proteção especial ao menor. Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, no Informativo nº 492, do ano 2012, ao tratar da destituição do poder familiar³⁹. Em tempos de superexposição em mídias digitais, e atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente, o IBDFAM produziu o Enunciado 39 para afirmar que “A liberdade de expressão dos pais em relação à possibilidade de divulgação de dados e imagens dos filhos na internet deve ser funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente e ao respeito aos seus direitos fundamentais, observados os riscos associados à superexposição”.

Outra demonstração clara do cuidado jurídico dado pelo Poder Constituinte à infância e juventude reside no fato de excluí-las da incidência do âmbito penal. O art. 228 da CF é claro ao dispor serem **penalmente inimputáveis** os menores de dezoito anos, sujeitos apenas às normas da legislação especial. Eis mais uma comprovação do reconhecimento acerca do melhor interesse para estes sujeitos de direito, que ainda se encontram em fase de desenvolvimento biopsíquico e, justamente por isto, não poderiam merecer a mesma normatização dos adultos. Em arremate, o art. 229 do Texto Constitucional submete os pais ao dever jurídico de assistir, criar e educar os filhos menores, numa nítida demonstração da situação jurídica de vulnerabilidade destes a exigir a previsão normativa. Ousáramos afirmar, à guisa destas reflexões, que a criança e o adolescente possuem – quantitativa e qualitativamente – mais direitos do que os adultos em geral. De fato, além de possuírem todos os direitos que o adulto possui, também serão titulares do direito à proteção integral e à prioridade absoluta.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu ser possível que regras processuais civis quanto à competência sejam mitigadas pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente⁴⁰.

GÊNCIA” (TJSC. AC: 20130350534 SC, Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 14/08/2013, Sexta Câmara de Direito Civil).

39. STJ. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. AÇÃO AJUIZADA PELO MP. DEFENSORIA PÚBLICA. INTERVENÇÃO. 2. Compete ao MP, a teor do art. 201, III e VIII do ECA, promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. 3. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. (REsp 1.176.512, rel. Min. Maria I. Gallotti, j. 1º. 3.12. 4ª Turma).
40. STJ. PROCESSO CIVIL. REGRAS PROCESSUAIS. GERAIS E ESPECIAIS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA. ADOÇÃO E GUARDA. PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO JUÍZO IMEDIATO. 1. A determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas. 2. O princípio do juízo imediato estabelece que a competência para apreciar e julgar medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivados no ECA é determinada pelo lugar onde a criança ou o adolescente

1.6. Proteção ao idoso

Assim como ocorre em face da criança e do adolescente, o **art. 203 da CF** prevê assistência social diferenciada ao idoso ao prescrever em seu inciso I o objetivo da seguridade pública de proteção “à velhice”. No art. 230 a Lei Maior impõe à família, a sociedade e ao Estado o “dever de amparar as pessoas idosas”, de modo a assegurar a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar.

Nessa esteira de pensamento, percebe-se que o idoso também é titular de tratamento jurídico-constitucional diferenciado, inclusive no que concerne aos programas públicos de amparo à velhice e a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos.

Registre-se que é louvável a devida referência àqueles que sobreviveram às batalhas da vida e agora se encontram com menos vigor em seus corpos físicos. Este dever jurídico existencial, diríamos de solidariedade para com os idosos, é ratificado no plano infraconstitucional, pela **Lei n. 10.741/03**, particularmente os arts. 11 e 12. Inegavelmente há um direito fundamental a envelhecer, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça no **REsp 775.565-SP**.

Compulsando a diferenciada proteção jurídica ao idoso, importante é a menção aos arts. 11 e 12 do Estatuto do Idoso. Segundo o art. 11 “Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil”, aspecto que, de rigor, não constitui novidade alguma. Entrementes, o art. 12 do referido Estatuto traz inédito preceito legal. De acordo com o preceito normativo a **obrigação alimentar é solidária**, razão pela qual o idoso está autorizado a **optar** entre os parentes devedores de alimentos.

Em suma-síntese: o idoso tem a possibilidade de pleitear alimentos contra quem ele quiser, sem que tenha que observar qualquer benefício de ordem. Os alimentos, para o idoso, são pautados pela solidariedade. Isto, porém, não implica em quebra do sistema da subsidiariedade. A lei pode discriminar, e o faz constantemente, veiculando solidariedades legais (art. 265 do CC). A questão é saber se

exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária. 3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta. Isso porque a necessidade de assegurar ao infante a convivência familiar e comunitária, bem como de lhe ofertar a prestação jurisdicional de forma prioritária, conferem caráter imperativo à determinação da competência. 4. O princípio do juízo imediato, previsto no art. 147, I e II, do ECA, desde que firmemente atrelado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sobrepõe-se às regras gerais de competência do CPC. 5. A regra da *perpetuatio jurisdictionis*, estabelecida no art. 87 do CPC, cede lugar à solução que oferece tutela jurisdicional mais ágil, eficaz e segura ao infante, permitindo, desse modo, a modificação da competência no curso do processo, sempre consideradas as peculiaridades da lide. 6. A aplicação do art. 87 do CPC, em contraposição ao art. 147, I e II, do ECA, somente é possível se – consideradas as especificidades de cada lide e sempre tendo como baliza o princípio do melhor interesse da criança – ocorrer mudança de domicílio da criança e de seus responsáveis depois de iniciada a ação e conseqüentemente configurada a relação processual. 7. Conflito negativo de competência conhecido para estabelecer como competente o Juízo suscitado. (STJ – CC: 111130 SC 2010/0050164-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/09/2010, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/02/2011).

a discriminação está pautada em justa causa, razoabilidade e proporcionalidade. Trata-se de opção do legislador. De fato, em se tratando do idoso, dúvidas não há sobre a legitimação deste tratamento mais benéfico.

Uma questão interessante, porém, neste momento há de ser posta. Qual a razão da solidariedade legal em comento apenas existir no que tange aos idosos, não sendo aplicável para os menores? Seria isonômico e equânime tal diferenciação, haja vista que ambos merecem proteção estatal diferenciada?

Apesar da colocação supra, ante a inexistência de norma expressa, não há de se falar em solidariedade para os alimentos devidos à criança e ao adolescente. Talvez na seara da constitucionalidade possa se pensar ou em uma extensão da solidariedade dos devedores, para beneficiar aos menores, ante o paradigma da proteção integral; ou em um afastamento da solidariedade para os idosos, buscando isonomia. Pensamos que a primeira saída é a melhor, pois devemos igualar para proteger, e não para desamparar.

O tema, porém, carece de um tratamento doutrinário e jurisprudencial mais verticalizado. Temos que aguardar a questão ser ventilada nos Tribunais Superiores para, então, consolidar o entendimento sobre o assunto.

1.7. Isonomia filial

A igualdade entre os filhos marca o texto constitucional (art. 226 e 227), o Código Civil (arts. 1.596, 1.803 e 1.834 do CC) e a jurisprudência (Súmula 447 do STF).

Nos dias de hoje, um filho não poderá ter tratamento diferenciado em relação aos demais, independentemente da origem da filiação. A histórica distinção filial entre legítimos e ilegítimos não mais permanece. Pouco importa se o filho proveio de um casamento, união estável, namoro, adoção, relação incestuosa, relação concubinária, socioafetividade. Os direitos serão os mesmos. Com espreque na dignidade da pessoa humana, os direitos serão iguais, sem nenhum tipo de discriminação⁴¹.

Tal isonomia ilumina tanto o prisma material, como o moral. Assim, perpassar por igualdade no direito sucessório, nos alimentos e no cuidado, inserindo-se aqui a indenizatória por abandono afetivo (tema já abordado neste capítulo)⁴².

41. Neste sentido, o julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: AGRADO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM MODIFICAÇÃO DE GUARDA – ALIMENTOS PROVISÓRIOS – INSURGÊNCIA COM O QUANTUM FIXADO – OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE – ORIENTAÇÃO DO ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL – PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. “[...] Não apontada justificativa para diferenciação entre os alimentos prestados aos dois filhos e ausente a demonstração da vontade de revisão da obrigação fixada ao filho anterior, ao menos neste momento de cognição sumária, devem as verbas alimentares ser equiparadas, diante do princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da CRFB/88)” (TJ-SC – AI: 87092 SC 2009.008709-2, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 24/09/2009, Terceira Câmara de Direito Civil).

42. Interessante destacar julgado da Corte Estadual do Rio Grande do Sul que reconheceu a isonomia de filho adotado mesmo em momento anterior ao advento da Constituição Federal. Confira: AGRADO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IGUALDADE ENTRE OS

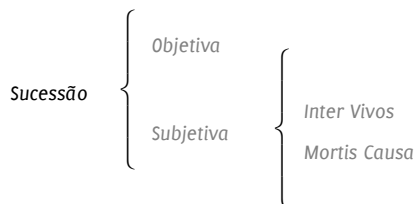
Introdução ao Direito Sucessório

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. Natureza jurídica da herança: indivisibilidade da herança e juízo universal – 6. O pacto de corvina – 7. Princípios específicos do direito hereditário: 7.1. Princípio da *saisine* ou *droit saisine*; 7.2. Princípio da coexistência; 7.3. Princípio da intangibilidade da legítima; 7.4. *Tempus regit actum* – 8. 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. Seguramente, não somos nem os primeiros e nem os últimos a se debruçar sobre esta tarefa. Para a doutrina o chamado direito das sucessões “cuida da transmissão de bens realizada com o advento da morte de determinada pessoa”¹. Assim também entendemos. 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, suceder significa **substituir**. Tal substituição pode ser **objetiva**, quando diga respeito ao objeto da relação jurídica (sucessão real); ou subjetiva, quando atinente aos sujeitos desta relação.

Na **seara subjetiva**, 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.



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.

Portanto, “Suceder é vir após, entrar no lugar de outrem. O vocábulo *sucessão* tem uma pluralidade de significados para o Direito, já que qualquer transmissão importa em *sucessão*”².

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.

A doutrina, há muito, se dedica a conceituar o direito sucessório em sentido estrito. Logo, torna-se desnecessário reinventar aquilo que já se encontra assente na doutrina e na jurisprudência. Por tais razões, optamos por apresentar o significado do direito hereditário pelas vozes da clássica doutrina.

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”³, 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”⁴.

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* *sucessione* *agitur*”.

Outrossim, desnecessário evidenciar a relevância desta cadeira do direito civil. Todos morrem. Se é certo dizer que eventualmente alguém pode atravessar a vida sem nunca necessitar desta ou daquela especialização jurídica, uma coisa também é inegável: do direito hereditário todos necessitarão.

2. 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.

3. *In* **Direito das Sucessões**. p. 44.

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

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.⁵

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 partilha⁶.

A sucessão em geral tem como objeto de estudo as disposições relativas à abertura da sucessão (arts. 1.784/1.789, CC), 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, 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 a 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.

A par desta visão panorâmica, infere-se que a sucessão em geral envolve o estudo 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.

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**.

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

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

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

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

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**. 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; e a quem de direito. Em certos casos, este inventário será judicial. Em outros, poderá ser extrajudicial. 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 concluído⁹.

Dividido em quatro grandes departamentos o direito hereditário, é tempo de avançar para uma ligeira reflexão a respeito dos seus pressupostos.

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.

Como diriam os romanos *viventis nulla hereditatis* (vivo o autor da herança, não existe sucessão, ou então: não há herança de pessoa viva). Portanto, o **primeiro pressuposto** fático-jurídico do direito hereditário é, por razões óbvias, 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 viva¹⁰ (vedação ao *Pacto de Corvina* – art. 426 do CC)¹¹.

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

10. 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).

11. 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.

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”¹².

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, 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.

Vistos os pressupostos básicos do direito sucessório, avançamos ao seu fundamento de existência.

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

12 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.

dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família.”¹³

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”¹⁴.

Segundo Washington de Barros Monteiro, “o verdadeiro ponto de vista é aquele que, sem perder a visão de seu aspecto econômico, descortina no direito das sucessões natural complemento do direito de propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança conjugado ou não com o direito de família”¹⁵. 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, este último a citar magnífica passagem atribuída a Silvio Rodrigues:

A extinta URSS, depois de abolir a herança, logo após a revolução de outubro (Dec. De 27-4-1918, art. 1), voltou atrás. Tal experiência demonstrou na prática, como assinala Silvio Rodrigues, “se não a impossibilidade, ao menos a inconveniência da supressão do direito hereditário, pois, havendo abolido a sucessão causa mortis e assim suspenso a atuação do interesse pessoal, não conseguiu manter a proibição. Com efeito, de tal orientação resultaram tamanhas e tão funestas consequências para a economia nacional que o legislador russo teve de recuar de sua posição inicial, estabelecendo a possibilidade da transmissão de bens causa mortis. E de fato, na antiga União Soviética, o direito sucessório não encontrava barreiras maiores que nos países capitalistas” (Instituições, v. VI, p. 9).

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 cujus* 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?

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

14. In *Sucessões*...p 3.

15. In *Curso de Direito das Sucessões*. v 6, p 7/8.

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.”¹⁶

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 cujus”.

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**.

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”¹⁷.

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 cujus* 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

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

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

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. 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**. Trata-se a herança de um conceito de direito material.

Flávio Tartuce apresenta esta ideia com muita clareza “a sucessão aberta é considerada um bem imóvel por força de lei, ou seja, um bem imóvel por determinação legal (art. 80, II, do CC), ainda que a universalidade em questão seja composta apenas por coisas móveis, tais como veículos, dinheiro, ações etc.”¹⁸

No mesmo sentido coloca-se 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”.¹⁹

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

18. In **Direito Civil**. v 6, São Paulo: Método, 2013. p 13.

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

sentido contrário”. A chamada **herança digital** ainda é um assunto pouco explorado nos Manuais de Direito Civil. 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 Federal nº 9.610/98) a este respeito. Em tempos de virtualização das relações humanas, onde se tem falado até mesmo em “metaverso”²⁰ o tema da herança digital ganha cada vez mais força.

O tema da herança digital ainda é pouco visto, ou abordado nos tribunais do país, apesar de sua cada vez maior relevância. O CC é absolutamente omissivo a respeito deste assunto. Seja ao tratar, na parte geral, dos bens jurídicos, seja ao cuidar, na parte especial da herança, o fato é que o CC em momento algum demonstrou preocupação com bens digitais, muito menos a sua transmissão entre vivos ou *causa mortis*, de maneira que o operador do direito acaba tendo que aplicar regras gerais hereditárias em casos que nem sempre guardam tanta identidade com bens virtuais.

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).

► **Quanto à necessidade da outorga conjugal para a cessão de direitos hereditários, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:**

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. DESFUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO NÃO CONFIGURADAS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA DAS ESPOSAS DOS HERDEIROS. VÍCIO QUE NÃO ALCANÇA A CESSÃO REALIZADA PELA VIÚVA MEEIRA. CC ANTIGO, ARTS. 153, 158 E 235, I. I. Hígido o acórdão estadual que enfrenta, suficiente e fundamentadamente, as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que com conclusões desfavoráveis à parte. II. A ausência de outorga uxória na cessão de direitos hereditários de bem imóvel inventariado acarreta a invalidade do ato em relação à alienação da parte dos esposos e a ineficácia quanto à meação de suas esposas, casadas pelo regime da comunhão universal. III. Vício, contudo, que não atinge a mesma cessão feita pela viúva meeira, cujo patrimônio é apartado dos demais herdeiros. IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ – Resp: 274432 PR 2000/0086390-4, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 07/12/2006, T4 – QUARTA TURMA).

20. 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.

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”.

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 STJ²¹, 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).

► Como os tribunais estão decidindo estas questões?

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na apelação cível 2007.001.64225, Relatada pelo Desembargador Benedito Abicair, julgada em 23 de janeiro de 2008, entendeu que “a transmissão da herança aos herdeiros ocorre no momento da morte do titular do patrimônio” e “é nesse momento que nasce a indivisão do monte hereditário, até a partilha final, o que significa dizer que todos os herdeiros têm os mesmos direitos e deveres em relação ao todo”. Considerando a transmissão da herança desde a data do óbito, é possível afirmar que os herdeiros se tornam possuidores do bem a partir deste momento. Certamente por isto, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 515175/RJ, entendeu que “Em linha de princípio, pode a viúva inventariante, em seu nome ou em nome do espólio, promover ação de reintegração de posse contra herdeiro que praticar esbulho em bem da herança”

6. O PACTO DE CORVINA

Apesar de se tratar de um assunto que tecnicamente é previsto na Teoria Geral dos Contratos, o *pacta corvina*, vale dizer o contrato que tem como objeto a herança de uma pessoa viva, deve ser estudado também no campo das sucessões à vista da sua importância.

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

O direito brasileiro não admite contrato que tenha como objeto herança de pessoa viva. Seria hipótese de ajuste com objeto ilícito, vedado em lei. À vista disto, ninguém poderá elaborar um contrato cujo objeto seja transferir uma futura herança. A consequência jurídica deste disto é a nulidade absoluta do pacto, conforme arts. 426 e 166, II e VII, do CC. Afinal de contas, se a norma proibiu a prática do ato, sem cominar sanção, a hipótese será de nulidade.

No dizer da doutrina, “A regra finca suas raízes no Direito Romano, muito embora este não conhecesse uma interdição total de tais negócios. Encontram-se na doutrina variadas explicações para a vedação ao *pacta corvina*, merecendo destaque aquelas que assentam sobre o desincentivo a condutas antissociais que estes acordos podem despertar, não faltando autores que enxergam em tais ajustes imoral estímulo para que se deseje a morte do titular do patrimônio ou até mesmo, em última instância, para que se pratiquem homicídios”²². Portanto, a justificativa teórica é a de que contratos desta natureza despertam no ser humano pensamentos ilícitos, estimulando, quem sabe, o desejo de óbito. O *pacta corvina* poderia despertar em um dos contratantes o desejo de morte do outro para receber, de logo, o objeto do contrato. Este seria o principal argumento teórico dos defensores do art. 426 do CC.

► **E a jurisprudência dos tribunais superiores, como entende a questão?**

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 300.143, ratificou o tradicional entendimento doutrinário, segundo o qual, no Brasil, o pacto sucessório – ou de corvina – é proibido. Naquele julgado se afirmou revelar-se “nula a partilha de bens realizada em processo de separação amigável que atribui ao cônjuge varão promessa de transferência de direitos sucessórios ou doação sobre imóvel pertencente a terceiros (seus sogros, ainda vivos à época da partilha), seja por impossível o objeto, seja por vedado contrato sobre herança de pessoas vivas.”

Com todo o respeito ao referido entendimento e com a finalidade de realizar um contraponto para reflexão pensamos que o ordenamento jurídico não deveria produzir uma norma com o objetivo de restringir a autodeterminação da pessoa humana e o direito fundamental à herança, intervindo na vontade e na livre iniciativa por uma ideia pré-concebida no sentido de que quem subscreve um contrato desta natureza teria em si despertado “sentimentos” ou “pensamentos” ilícitos, desejando a morte do outro contratante. À luz da dignidade humana e da presunção da boa-fé o direito está se preocupando com o aspecto da *cogitatio* sem qualquer dado estatístico ou estudo científico realizado em culturas onde a *pacta corvina* é admitida, de modo que este entendimento pode expressar ideia preconceituosa, assim como uma intervenção estatal no autorregramento da pessoa humana sem qualquer estudo de caso.

22. 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 252.