

O direito das sucessões no novo Código Civil

Eduardo de Oliveira Leite (Doutor)
Curso de Direito - Universidade Tuiuti do Paraná

Resumo

A promulgação do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que entrou em vigor no mês de janeiro de 2003 gerou reações contraditórias no meio jurídico nacional: para uns, o novo Código nasce velho, na medida em que não acompanhou as expectativas de evolução da sociedade brasileira; para outros, a proposta, apesar de suas eventuais lacunas e omissões, atende aos anseios da sociedade brasileira e do Direito das sucessões. Na realidade, o advento do novo Código Civil voltou a dividir a opinião dos doutos quanto à oportunidade ou não do sistema de codificação no atual estágio de evolução da ciência jurídica. Estes são os aspectos principais que o presente artigo aborda com o objetivo de gerar reflexão e estudo sobre este tema apaixonante.

Palavras-chave: direito das sucessões, novo Código Civil, direito das sucessões codificado.

Abstract

The promulgation of the new Civil Code (Law nº 10.406, dated 10 January 2002) be in force from January 2003 on has already brought a mixed reaction in the national juridical sphere. For some, the new Civil Code was born old as it does not live up to the Brazilian society's expectations of evolution; for others, the proposition – even with some gaps and omissions – goes along with the wishes of the Brazilian society and Succession Law. In fact, the event of the new Civil Code has started the discussion among law learned on the opportunity or not of having the codification system at the present evolution stage of the juridical science. These are the essential elements of this article on such an interesting theme that deserves fullest consideration and study.

Key words: succession law; new Civil Code; succession law codified.

O Direito das Sucessões é parte importantíssima do Direito Civil embora, reconheça-se, sempre tenha sido considerado como um “direito menor” no ambiente civilista. E sua importância decorre exatamente do vínculo que estabelece entre a vida e a morte. Entre o construído e organizado durante a existência humana e os reflexos que se produziram para além da morte. E a morte – como já tivemos oportunidade de afirmar na Introdução aos nossos Comentários ao novo Código Civil – *término da efêmera existência do homem, se reveste de transcendental importância porque determina o termo final de todos os sonhos, expectativas e projetos da pessoa, quer no plano fático, quer no jurídico.* (Leite, 2003)

Todos os seres humanos são legatários de valores espirituais e materiais e o Direito das Sucessões procura resgatar, para depois da morte, a continuidade desses valores de aspecto tão contraditório, mas real. O ser humano desaparece mas a sucessão prolonga sua “presença”, em planos distintos, para depois da morte.

A mera consideração desses elementos é suficiente a resgatar a validade inquestionável das Sucessões no Direito Civil. Desaparece o homem, mas continuam seus valores pessoais intrínsecos e o resultado também material de sua construção existencial.

Contrariamente ao que se veiculou, de forma aleatória e superficial, o Direito das Sucessões sofreu profundas alterações e adaptações à nova realidade nacional, aos padrões culturais e posturas éticas que passam a dominar a nova sociedade brasileira.

Antes, porém, de fazer base exegética da nova normativa ou um mero posicionamento crítico acerca da norma codificada pareceu-nos importante optar por uma abordagem preliminar, metodológica, sobre a validade da codificação do direito, na medida em que o fenômeno tem gerado tanta polêmica e o desencadeamento de posições estremadas, radicais, quando, parece-nos, o justo e o razoável repousam tranquilos no meio termo, em soluções eticamente sustentáveis e juridicamente úteis.

Preliminarmente e para afastar qualquer dúvida que, porventura, possa pairar sobre nossa postura intelectual fazemos questão de frisar que encaramos a codificação como um processo social e intelectual útil e extremamente conveniente.

Assim, dos anteriores 233 artigos – do Código Civil de 1916 – introduziram-se 30 novos artigos. Destes,

muitos implicaram na criação de novas seções dentro do Direito das Sucessões, como é o caso da “cessão de direitos” (arts. 1.793 a 1.795), de parte da “vocaçao hereditária” (arts. 1.789 a 1.803), da “petição de herança” (arts. 1.824 a 1.828).

Dos 243 novos artigos, 170 sofreram alteração no seu conteúdo ou na forma; ou seja, praticamente dois terços dos antigos dispositivos constantes no Código Civil de 1916 passam a ter nova redação.

Mas as alterações não se limitaram aos meros aspectos formais como poder-se-ia imaginar num primeiro momento; acarretaram mudanças substanciais em institutos que, tradicionalmente apresentavam proposta em direção totalmente oposta, como já examinaremos.

Se mais não se mudou, como alegam os críticos do sistema codificado, é porque nossas mudanças estruturais, apesar do processo de globalização, não foram tão intensas a legitimar alterações de maior significado.

Como diria Miguel Reale (1999), com sua natural serenidade e profundidade, *há todo um saber acumulado ao longo do tempo, que aconselha a manutenção do válido e do eficaz, ainda que em novos tempos.*

A redação de um novo Código Civil não acarreta a destruição de tudo que existia e, muito menos, a implosão de princípios que, natural e justificadamente sempre caracterizaram e regeram a sociedade brasileira.

Por isso o novo Código Civil que agora surge, já é legítimo e revela-se obra válida, porque sem anular o saber acumulado, sem desconsiderar o que há de mais autêntico na alma brasileira projeta as expectativas e propostas da sociedade brasileira nos novos tempos.

Se mais não se fez é porque o ambiente ainda não estava suficientemente maduro para alterações mais radicais e porque, evidentemente, não havia o consenso em matérias que ainda geram perplexidade, dúvidas e vacilações, como é o caso, por exemplo, das procriações artificiais, em matéria de filiação (art. 1.597) que, ainda assim foi inserida como forma de presunção de concepção na constância do casamento.

O que não era mais possível é que o Brasil continuasse perdendo sua identidade num emaranhado de normas dispersas ou conflitantes que começavam a gerar uma sensação de irrecuperável caos. Ou, como agudamente avaliou o Prof. Guy Braibant, da Universidade de Paris, a respeito do processo de codificação: *codifica-se nos períodos em que o Direito atingiu um tal grau de dispersão e de proliferação que isto se torna insuportável.*

Foi isso que ocorreu no Brasil e que os críticos apressados do sistema codificado não quiseram enxergar; uma proliferação desorganizada e incoerente de textos legislativos que, paulatinamente, foram destruindo nosso sistema civil, foram descaracterizando a identidade nacional, o caráter brasileiro.

O que ocorreu no Brasil foi um lamentável descompasso entre essa produção legislativa e sua efetiva inserção no sistema codificado gerando uma pluralidade de núcleos legislativos.

O novo Código Civil é um Código principiológico, de conceitos abertos; todos nós estamos ideologicamente comprometidos com as propostas constitucionais de 1988. Isso é irrefutável.

Na realidade, passamos de um regime dogmático e didático, do Código Civil de 16, a um regime principiológico, de conceitos abertos, que confere ao aplicador da lei uma margem de atuação até então inimaginável.

O juiz não é mais um locutor do direito, mas partícipe na construção da norma, na construção de conceitos. Um verdadeiro intérprete.

Há, no novo Código Civil, dispositivos como o constante no art. 1.593, por exemplo: *O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou outra origem (grifamos), que resgatam de forma intensa a nova proposta do Código Civil que agora surge: a introdução de princípios abertos, com valorização de matérias éticas, que passam a atribuir ao juiz uma função jurisdicional, outrora, inimaginável.*

Na realidade, enquanto a linguagem do Código Civil de 1916 era a linguagem das normas, com ele-

mentos definitórios plenos (sem espaço para uma atividade jurisdicional rica e construtora) o novo Código Civil assume postura diametralmente oposta, valorizando os conceitos vagos, abertos (do tipo, “boa fé”, “função social da propriedade”, “probidade”, “culpa”, para arrolar os mais citados) favorecendo a grande função jurisdicional do juiz que passa a ser um partícipe da atividade legal. Ou, como afirmou Miguel Reale, referindo-se ao princípio de eticidade: é preferível, em certos casos, *prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa* (Reale, 1999).

Imagine-se a extensão provocada pelo novo artigo: o parentesco pode resultar da consangüinidade, nenhuma novidade, mas também pode resultar de “outra origem” diz o novo texto, ou seja, escancarou-se a porta ao parentesco sócio-afetivo, até então impensável no mundo jurídico.

Em outras palavras, pai é quem gera, mas também é quem cria.

O novo Código não nasceu velho, mas de acordo com a evolução da sociedade brasileira respondendo tranqüilamente às necessidades coletivas; resposta que, certamente, não é perfeita, mas representa, como bem afirmou Reale (1999), *uma nova sistematização das normas reguladoras de fenômenos e relações que mudaram e estão em transformação*.

Nada mais que isso.

De nada adiantaram as posições estremadas que, em gritaria, ora contida, ora exaltada, se agigantou contra à nova codificação, porque ela é uma exigência decorrente da natureza humana; porque a codificação responde à uma necessidade de coerência e unidade que nenhuma sociedade civilizada pode prescindir.

A propósito, a decantada e invocada alegação da criação de novos e inúmeros microssistemas em nada altera a validade e a oportunidade da codificação.

A decisão de sistematizar codificando é o melhor recurso que o legislador dispõe para organizar o conhecimento jurídico em sistema harmônico, coerente e legítimo; é meio de que dispõe para resgatar a identidade de uma Nação e os anseios de seu povo. Ao contrário, pois, do que de poderia imaginar, o advento dos microssistemas não só resgatou, como também revalorizou o sistema codificado, na medida em que possibilitou a relação do Código com a legislação especial continuamente produzida.

Sem a ocorrência de um elemento catalizador de todas as novas tendências, em pouco espaço de tempo instaurar-se-ia o caso, não só legislativo (o que de certa forma já vinha ocorrendo na realidade nacional), mas de identidade, de crise de valores, de negação de costumes e princípios próprios de nossa realidade, típicos do “ser brasileiro”.

O segundo fenômeno, comprometedor da codificação, na ótica de alguns segmentos doutrinários, se materializaria na crescente importância da constitucionalização do Direito Civil que passa, agora, a ocupar o espaço antes reservado aos Códigos.

Institutos tais como a família, a propriedade e o contrato passam da esfera privada-individual, ou de uma visão positivista, normativista e formalista da pessoa para uma visão personalista.

A Constituição, antes mera norma superior, estabelecadora de parâmetros gerais, passa a regular diretamente relações intersubjetivas priorizando valores existenciais e estabelecendo como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana.

Assim, para citar o paradigma fundamental do texto constitucional de 1988, o princípio da igualdade de gêneros passa a informar toda a matéria de direito familiar e direito sucessório; o reconhecimento de outras formas de conjugalidade, que o constituinte cognominou “entidades familiares” insere as uniões estáveis no mundo civil e reconhece a participação do companheiro ou da companheira na sucessão do outro em concorrência com descendentes e colaterais (art. 1.790).

O novo Código, frise-se, não retrocedeu, mas endossou, e de certa forma, alargou a proposta constitucional, na medida em que procurou equiparar a união estável ao casamento, quando é sabido, e bem sabido,

que em momento algum o constituinte de 1988 pretendeu igualar as duas realidades jurídicas.

O *caput* do artigo sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 88, entre casamento e união estável, reafirmando que o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Ou seja, na esteira do texto constitucional de 88 o legislador manteve a diferença entre casamento e união estável. O privilégio da meação fica ressaltado ao cônjuge, que é sempre meeiro. O companheiro não o é e sua eventual inserção no mundo sucessório fica na dependência da efetiva participação na aquisição onerosa dos bens.

Em seguida, nos quatro parágrafos subsequentes, resgata as hipóteses de partilhamento já encontráveis na legislação esparsa sobre as uniões estáveis, mais especificamente, o disposto nos artigos da Lei 8.971/94 e a 9.278/96.

A crítica que se poderia fazer, na análise inicial do art. 1.790 certamente refere-se à má técnica legislativa que, equivocadamente, insere a matéria nas “Disposições Gerais”, quando na realidade, nada tem a ver o tema com Disposições Gerais e, muito menos, na abertura de um Livro do Código Civil.

Mas não devemos esquecer que o novo Código é um Código principiológico e a inserção desta matéria na abertura do novo Código está como que a infor-

mar o exegeta da lei que o princípio do reconhecimento do direito sucessório dos companheiros informa toda a matéria de direito sucessório.

Assim, quando no novo Código o legislador trata da ordem de vocação hereditária, o art. 1.829 não se refere ao companheiro. Nem tampouco nos arts. 1.830 a 1.832. Fica a indagação: O legislador não quis estender tal direito aos companheiros? Por óbvio a resposta negativa se impõe. No estágio atual que nos encontramos em matéria de reconhecimento da união estável, seria um retrocesso sustentar hipótese contrária à extensão interpretativa.

É, novamente, a noção de princípios que se impõe. Ou de conceito aberto, como diriam outros. Se a disposição geral se refere ao direito do companheiro, tal hipótese fica resgatada em todos os artigos subsequentes, sob risco de se incorrer em equívocos geradores de iniquidade.

A propósito, no citado art. 1.829, em guinada abrupta e ascensão vertiginosa, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes (em primeiro lugar) e com os ascendentes (em segundo lugar); deixa de ser herdeiro legítimo facultativo e passa a ocupar o status de herdeiro legítimo necessário.

Talvez, como pretende Miguel Reale (1999), a razão primeira de tal mudança remonte à alteração radical no tocante ao regime de bens, antes prevalecendo

o da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro.

Agora, com a mudança do regime legal que passa a ser a comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente aparece, como no direito português (art. 2.133, letras *a* e *b*) ao lado dos descendentes e ascendentes.

A inovação só se justifica pela irressistível intenção de favorecer o cônjuge sobrevivente, participe incontestemente da comunhão de vida e de interesses que caracterizam a sociedade conjugal e que, certamente, não desaparece com a dissolução do casamento.

Enquanto no regime anterior, o cônjuge sobrevivente, na qualidade de herdeiro facultativo poderia ser afastado da sucessão (através, por exemplo, de disposição testamentária a favor de terceiros) agora, corretamente, o cônjuge sobrevivente é guindado à categoria de herdeiro necessário, sem possibilidade de ser excluído da sucessão. Ainda que o *de cuius* comprometa toda a sua cota disponível, o cônjuge sobrevivente tem direito à sua cota na legítima.

A posição do cônjuge, doutrinou o Prof. José de Oliveira Ascensão (1989), não mais é de usufrutuário: é de herdeiro real. Ele vai ficar verdadeiramente titular de quota da herança.

O artigo sob comento introduz uma nova figura com potencial belicoso realmente instigante. É um dis-

positivo surpreendente mas que aliado a boa exegese surtirá excelentes efeitos no terreno sucessório.

Outra questão que há anos vem atormentando a doutrina nacional encontra guarida no art. 1.848 que trata da clausulação da legítima.

Talvez seja a cláusula da inalienabilidade o instituto que no Direito privado tenha originado, no curso de nossa vida jurídica, as mais veementes imprecensões e os mais ardentes impropérios.

Fica a questão: a clausulação da legítima foi abolida da legislação nacional? Ou o art. 1.848 apenas abrandou os efeitos da clausulação sem extirpar definitivamente a hipótese geradora de crítica no ambiente civil?

“Salvo se houver justa causa”, reza o novo texto legal, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade. Ou seja, mantém-se a possibilidade da clausulação apenas vinculando-se a ocorrência à existência da justa causa.

E ainda a agravar a hipótese socorre-se, agora, o novo dispositivo de um recurso eminentemente subjetivo (o que é uma justa causa?).

A modificação mais preocupante no entanto, não está dirigida para aqueles que ainda pretendem fazer um testamento, mas para aqueles que já o fizeram, para aqueles que tendo testado impuseram cláusulas restritivas sobre os bens da legítima, ou seja, inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

Para estes, o novo Código estabelece no art. 2.042 prazo de um ano, após a entrada em vigor do novo Código, para que o testador edite o testamento declarando a justa causa da cláusula aposta à legítima, sob pena de não o fazendo no prazo determinado, não subsistir a restrição quando da abertura da sucessão.

O aditamento previsto no novo Código levanta as questões referentes à sua forma. Se modificação de testamento só pode ser feita através de outro, o aditamento não escapa à regra, deverá ser feito mediante novo testamento, com indicação da justa causa (prodigalidade do filho, por exemplo).

Quem clausulou a legítima terá de se ajustar à nova imposição legal. Como no Brasil a regra é as pessoas desconhecerem a lei (ainda mais tratando-se de disposição perdida na Disposições Finais, certamente a clausulação vai desaparecer em decorrência do não atendimento do aditamento previsto no novo Código.

A boa notícia é referente ao número de testemunhas exigidas para o ato, que foi reduzido para duas, ao contrário das cinco atualmente necessárias. Esta redução deve-se principalmente à injunções do Colégio Notarial do Brasil e segue tendência adotada nos países europeus.

Nesse sentido, o disposto no art. 1.864, II, (para o testamento público), art. 1.868, I (para o testamento cerrado) e 1.876, § 1º (para o testamento particular, referindo-se a 3 testemunhas).

O parágrafo único do art. 1.864 passa a admitir a declaração de vontade escrita manualmente ou mecanicamente. Ou seja, os documentos poderão ser digitados, datilografados, gravados em fita cassete, vídeo, ou outro tipo de processo que possa ser considerado mecânico.

No novo Código Civil há ainda a inclusão de mais um tipo de testamento especial, o aeronáutico (arts. 1.888 a 1.891) não existente no Código atual, embora – é forçoso se reconhecer – a utilidade do preceito fique reduzida pela excepcionalidade da hipótese.

Nos arts. 1.824 a 1.828 o legislador regulamentou a matéria inédita da petição de herança. Silente no Código Civil de 16, a matéria relevante ganhara espaço no Código de Processo Civil que a ela se referiu, indireta e paralelamente, no inciso III do art. 1.000. Ganha, agora, a matéria o devido espaço e reconhecimento no capítulo VII do novo Código Civil brasileiro.

A petição de herança é o meio-padrão de tutela do herdeiro que, provido de vocação sucessória atual, sofra preterição em seu direito por estranho.

Se os titulares provisórios na posse hereditária se recusarem a admitir a vocação preferente sustentada pelo herdeiro vindicante, a este restará o remédio da ação de petição de herança.

O regramento inovado trabalha com a idéia do herdeiro aparente, ou seja, aquele que, não titular de direito hereditário mas mantendo comportamento como tal, é tido na opinião errônea da coletividade como se fosse herdeiro real.

O direito brasileiro não se referia expressamente à matéria da cessão de direitos no Código Civil de 1916 mas, apenas, de forma indireta, no artigo 1.078 daquele Código. Ganha, agora, regramento próprio no novo Código que trata especificamente da cessão de direitos hereditários estabelecendo requisitos e condições e encerrando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a necessidade de escritura pública e da anuência dos co-herdeiros.

A proposta do Projeto encontra-se, pois, definitivamente inserida no novo texto codificado ganhando-se em segurança e precisão, já encontráveis no Código Civil português, que serviu de paradigma ao legislador nacional. Ainda que as normas expressas contrariem a tendência dos tribunais e à postura dos doutos, coloca-se fim à intermináveis discussões em torno de questões polêmicas imprimindo-se rumo seguro e definitivo à questão da cessão de direitos sucessórios.

No *caput* do art. 1.793 o legislador nacional assumiu duas posições claras e definitivas sobre o tema: a) admitiu cessão do direito à sucessão bem como

do quinhão de que disponha o co-herdeiro; e b) via escritura pública.

Se, como dispõe o art. 1.784 a transferência da sucessão processa-se a partir da abertura da sucessão, instaurando-se o condomínio sucessório até à concretização das cotas ideais, via processo de partilha, a cessão, ao contrário, quer a divisão desde a abertura da sucessão. É situação excepcional que, por isso mesmo, exige regramento próprio.

Postura definitivamente assumida pelo novo Código.

Poderíamos ainda citar, à guisa de conclusão e em verdadeiro *tour de force* para resgatar a concisão imposta pelos limites espaciais de um artigo:

- Regularizou-se e precisou-se a questão tormentosa da sucessão da prole eventual – *nasciturus conceptus* e *nondum conceptus*, não só estabelecendo-se prazo razoável para consolidação da herança (arts. 1.798 e 1.799) mas, sobretudo, resolvendo-se a dúvida sobre a necessidade ou não de estar vivo o herdeiro.

Passa-se a admitir a deixo testamentária ao filho do concubino, quando também o for do testador (art. 1.803).

Melhor precisão na matéria relativa à aceitação da herança (art. 1.804).

A matéria testamentária ganha em simplicidade e menos formalismo (embora ainda se pudesse ter inserido maiores e mais substanciais reformas), sem perda dos valores de certeza e segurança, superando-se o

individualismo que dominava a matéria do direito de testar, restringindo-se a possibilidade de inserção das cláusulas restritivas, a partir de agora, submetidas à expressa indicação da justa causa que as legitima.

Melhor sistematização dos dispositivos concernentes ao direito de crescer entre herdeiros e legatários (arts. 1.941 a 1.946).

Reexame e aprofundamento da matéria relativa ao problema das colações e da redução das doações feitas em vida pelo autor da herança, em decorrência da princípio da intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários (arts. 2.002, 2.003 e 2.007).

- Revisão e melhor detalhamento do instituto do fideicomisso, com a previsão de sua conversão em usufruto (art. 1.952).

A mera consideração destes itens é suficiente a resgatar a validade da proposta estampada na Exposição dos Motivos do “Projeto” e que retrata, ainda que sucintamente, a extensão das alterações ocorridas no novo texto codificado, em matéria sucessória.

Claro está, nem poderia se esperar o contrário, que há ainda modificações, adequações e ajustes a serem feitos, que certamente ocorrerão via rigoroso contributo doutrinário e vivificação da norma pelas decisões colacionadas na jurisprudência cotidiana.

Este aporte, porém, me nada compromete a validade da presente proposta, sob todos aspectos, legítima.

No limiar de um novo século, em que tantas esperanças renascem e que geram nova crença a dominar o coração dos Homens, na expectativa de dias melhores, tudo indica que a renovada proposta de codificação virá ao encontro dos anseios mais caros da comunidade brasileira. E isto certamente ocorrerá.

O que importa, como bem disse Miguel Reale, *é ter os olhos atentos ao futuro, sem o temor do futuro, breve ou longo que possa ter a obra realizada. Códigos definitivos e intocáveis não os há, nem haveria vantagem de tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser humano, que é o seu desejo de perfectibilidade* (Reale, 1999)

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, J. de O. (1989). *Direito Civil. Sucessões*. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina.

LEITE, E. de O. (2003). *Comentários ao novo Código Civil. vol. XIX. Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense.

REALE, M. (1999). *O Projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva.