

QUESTÕES POLÊMICAS NO PROCESSO SUCESSÓRIO*

.....
* Palestra proferida, em 7 de novembro de 2001, no Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões, ano letivo de 2001, do Centro de Extensão Universitária da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em conjunto com o Instituto de Estudos da Mulher, da Criança e da Sociedade.

Alexandre Alves Lazzarini*

1 Introdução

O tema proposto nos coloca diante de uma série de perplexidades, que leva mais à indagação do que propriamente à sua solução, já que, se há polêmica, a controvérsia está necessariamente presente.

Assim, algumas questões, talvez já objeto de consideração nas palestras anteriores, serão matéria de nossa análise:

- a) na ordem de vocação hereditária e sucessão legítima, em face do cônjuge separado de fato e do companheiro, do filho decorrente de inseminação artificial e do adotivo;
- b) considerações a respeito, no Estado de São Paulo, da Lei Estadual n.10.704, de 26 de dezembro de 2000.

2 A ordem de vocação hereditária

2.1 Os cônjuges e os companheiros

Volto à análise deste assunto, objeto de palestra do eminente professor Carlos Alberto Ferriani,¹ já que a ordem de vocação hereditária, embora num primeiro momento seja simples, traz proposições de ordem prática que merecem sempre ser abordadas, pois nelas encontram-se questões que geram polêmicas e disputas quanto a quem vai receber a herança.

* Juiz de Direito Titular da 16ª Vara Cível Central de São Paulo. Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie e de Direito Processual Civil na PUC/SP. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família/São Paulo, colaborador associado do Instituto dos Advogados de São Paulo. Conselheiro do Centro de Apoio dos Juizes do Fórum João Mendes Jr.

¹ A ordem de vocação hereditária. Direito de representação de herdeiros necessários (palestra proferida, em 15 de agosto de 2001, no Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões, na Universidade Presbiteriana Mackenzie).

A ordem de vocação hereditária, no caso, quando a sucessão for legítima, como se dá na maioria das vezes, decorre da relação de parentesco consanguíneo ou civil, além do casamento ou da união estável, excluídos os *afins*, ou seja, aquelas pessoas cuja relação de *parentesco* decorre do casamento.

No Código Civil vigente, em seu artigo 1.603, temos a seguinte ordem:

- I. descendentes;
- II. ascendentes;
- III. cônjuge (e o companheiro, Lei n.8.971/94, artigo 2º, III);
- IV. colaterais (até 4º grau, artigo 1.612);
- V. ente público.

Já o Novo Código Civil,² que dizem será sancionado pelo exmo. sr. presidente da República, modifica essa ordem, no que se refere ao cônjuge e ao companheiro (artigos 1.802 e 1.841). Assim, teremos:

1. com relação ao cônjuge (artigo 1.841):
 - concorrerá com os filhos, somente se casado pelo regime de bens: 1ª – na separação total convencional; 2ª – no regime da comunhão parcial, na falta de bens particulares; 3ª – no regime da participação final dos aqüestos;
 - não concorrerá com os filhos quando o regime de bens for: 1ª – da comunhão universal; 2ª – o da comunhão parcial, na existência de bens particulares do falecido; 3ª – no regime da separação total obrigatória.
 - concorrerá sempre, independentemente do regime de bens, com os ascendentes.
- na falta de descendentes e ascendentes, recebe integralmente a herança.
2. com relação ao companheiro (artigo 1.802):
 - se concorrer com os filhos comuns, terá direito a uma cota igual à do filho;
 - se concorrer com descendentes só do autor da herança, ou seja, filhos unilaterais,³ receberá metade do que couber a cada um dos filhos;
 - se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais), terá direito a um terço da herança;
 - não havendo qualquer parente sucessível, recebe a totalidade da herança.

Verifica-se, assim, que há uma grande mudança do sistema atual, a ser feita verdadeira diferenciação na ordem sucessória, dependendo da forma de *entidade familiar* que as pessoas optarem. Há um retrocesso nos direitos da união estável em comparação com aquilo que se tem no Direito Sucessório decorrente do casamento.

Vamos analisar os vários problemas. Uma regra essencial para solução deles é o da abertura da sucessão:

² Texto obtido no site do deputado Federal Ricardo Fiúza.

³ No parentesco entre irmãos, podemos classificá-lo como unilaterais (ou simples). Se unilaterais por parte do pai, *consanguíneos*; se por parte da mãe, *uterinos*.

- a) a existência da pessoa natural termina com a morte (artigo 10, do Código Civil; artigo 6º, do Novo Código Civil);
- b) com a morte, abre-se a sucessão⁴ (artigo 1.572, do Código Civil; artigo 1.796, do Novo Código Civil);
- c) a *capacidade para suceder* é a do tempo da abertura da sucessão, que se regula pela lei em vigor (artigo 1.577, do Código Civil; artigo 1.799, do Novo Código Civil).

Note-se que as regras, quanto à *abertura da sucessão* e da *capacidade para suceder*, mantêm-se estáveis.

Assim, temos que as novas regras para cônjuges e companheiros somente se aplicarão quando o Novo Código Civil estiver em vigência, ou seja, a partir dos falecimentos que ocorrerem quando for plenamente eficaz. Todavia, problemas surgem na vigência do atual Código Civil, que em princípio serão solucionados pelo Novo Código Civil.

2.1.1 A separação de fato

No que se refere ao casamento, problema sério que deve ser enfrentado é o relativo à *separação de fato*.

A *separação de fato* não extingue, atualmente, a sociedade conjugal e nem põe fim ao regime de bens (artigos 2º e 3º, da Lei n.6.515/77; artigo 267, do Código Civil). No Novo Código Civil, também a *separação de fato* não põe fim, de forma expressa, ao regime de bens (artigos 1.581 e 1.585).

Entretanto, se no atual sistema há a construção jurisprudencial e doutrinária,⁵ reconhecendo a eficácia da separação de fato para afastar os efeitos patrimoniais do casamento (regime de bens), sem afetar o direito sucessório, *a situação é diversa* no Novo Código Civil, pois no seu artigo 1.842 há o seguinte comando:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, *nem separados de fato há mais de dois anos*, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente [grifo nosso].

Surge, dessa maneira, a *separação de fato* como causa *extintiva* do regime de bens, após dois anos. O prazo de dois anos justifica-se por ser o prazo para o divórcio direto (artigo 226, § 6º, da Constituição Federal).⁶

Ora, passemos a verificar a situação no Direito das Sucessões, em face do sistema atual, em que há a negação da exclusão do cônjuge *separado de fato* do direito sucessório.

⁴ Direito de *saisine* (*droit de saisine*).

⁵ Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça (informativo do STJ, site www-stj.gov.br) decidiu: "Meação. União estável. Mulher separada de fato. Comprovada a sociedade de fato por mais de 11 anos, tem que se reconhecer os direitos decorrentes desse concubinato e a partilha dos bens adquiridos durante o período de convivência, mesmo que a mulher seja legalmente casada, separada de fato do marido e mantenha as vantagens financeiras desse matrimônio" (REsp 202.278-SP, tendo como relator o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17.5.2001).

⁶ Também artigo 40 da Lei n.6.515/77 e artigo 1.585 do Novo Código Civil.

A separação de fato tem dois requisitos: 1º – um objetivo, que é a cessação da coabitação; 2º – outro subjetivo, que é a intenção de terminar a vida em comum. Não há a intervenção judicial, motivo pelo qual surge a questão da sua eficácia.

Com essa separação subsiste somente um *vínculo* matrimonial esgarçado, desgastado, sem nenhuma eficácia, em que resta, segundo Ney de Mello Almada (1995, p.217), “apenas uma inexpressiva existência formal”.⁷

Ora, se para fins de partilha do patrimônio entre os *cônjuges separados de fato*, enquanto vivos, entende-se que os bens adquiridos na constância da separação de fato não se comunicam, não há nenhuma razão plausível para que, aberta a sucessão, no curso da separação de fato, os bens adquiridos nessa situação sejam objeto de direito hereditário do cônjuge sobrevivente em prejuízo dos sucessores colaterais ou do ente público.

É plenamente razoável a norma do artigo 1.842, do Novo Código Civil, que, embora trate de Direito das Sucessões, no final reconhece a *separação de fato* como causa de exclusão da sucessão, *salvo inocência do cônjuge sobrevivente*. É certo, convém notar, que, com essa exceção, haverá a necessidade de o cônjuge sobrevivente demonstrar que não deu causa à separação, que será por via própria e não no inventário (artigo 984, do Código de Processo Civil), por ser questão de *alta indagação*.⁸

2.1.2 A união estável

Na união estável, destaco um problema, que é, no Novo Código Civil, a fixação do seu quinhão.

Atualmente, há o conceito de *união estável* no artigo 1º, da Lei n.9.278/96: é a entidade familiar com “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Pelo Novo Código Civil, no seu artigo 1.735,⁹ fixa-se a *união estável* por requisito objetivo: tempo da união. Volta-se, assim, à regra semelhante do artigo 1º, da Lei n.8.971/94.

⁷ Há acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (A.I. n.156.369-4, tendo como relator o desembargador Elliot Ackel, j. 25.7.2000, publicado no *JT-J-Lex* 233/261), que, ao analisar o direito do recebimento do seguro de vida, por cônjuge separado de fato, afastou o direito desse cônjuge e o deferiu em favor do filho, pois entendeu que: a) o ex-cônjuge já estava separado de fato na época do falecimento; b) não existia mais a *affectio maritalis*; c) “a mulher perdeu a situação de esposa legítima”.

Em sentença nossa, envolvendo a indenização por morte em razão de seguro obrigatório, a separação de fato afasta a regra do artigo 4º, da Lei n.8.194/74, afastando, portanto, o direito do marido em receber a indenização e reconhecendo o direito dos filhos. (Proc. n.000.99.894384-3, 16ª Vara Cível – Foro Central de São Paulo, j. 11.5.2001).

⁸ Informa Zeno Veloso (2001, p.229) que nas Ordenações Filipinas (Livro 4, Tít. 94) e na Consolidação das Leis Civis (artigo 973), de Teixeira de Freitas, existia a exclusão da ordem sucessória do cônjuge separado de fato.

⁹ “Art. 1.735. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos. § 1º – O prazo previsto neste artigo poderá ser reduzido para três anos, quando houver filho comum”.

Em texto divulgado após a apresentação desta palestra, como o texto consolidado pelo relator-geral do Novo Código Civil (*Revista Consultor Jurídico*, www.conjur.com.br), essa norma, praticamente a regra de Lei n.9.278/96, passou a ter a seguinte redação: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º – A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do Art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato. § 2º – As causas suspensivas do Art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável, na forma do seu parágrafo único. § 3º – Poderá ser reconhecida a união estável diante dos efeitos do Art. 1.576”.

Eis um ponto que, em um primeiro momento se põe de forma simples, se torna questão de *alta indagação*; este se refere à disposição, no Novo Código Civil, contida no artigo 1.802, anteriormente mencionada e que repito:

Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Assim, na existência de filhos comuns, o companheiro receberá parte igual à deles. Dessa forma, o quinhão do companheiro será igual à dos filhos comuns. Na falta de existência de filhos comuns, mas somente do companheiro pré-morto, a companheira sobrevivente receberá metade do que couber ao filho unilateral. Situação diversa será se existirem filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança, isso porque a Constituição Federal determina, em seu artigo 227, § 6º, a igualdade de tratamento entre os filhos; logo, como os quinhões entre os filhos são iguais, receberá a companheira o quinhão equivalente ao deles. A ordem de sucessão dos companheiros é até mesmo passível de questionamento quanto à sua constitucionalidade, pois enquanto os companheiros sempre concorrem com os filhos do autor da herança, na sucessão entre os cônjuges, dependendo do regime de bens adotado, o cônjuge sobrevivente somente herdará algo na falta de descendentes.

Outra questão de alta indagação, e que será motivo de ampliação de litígios no âmbito sucessório, é o retorno da possibilidade de questionamento do direito ao patrimônio em razão de *sociedade de fato* ou da *prestação de serviços*.¹⁰

Colocam-se as questões:

- a) não havendo filhos, mas uma união estável há quatro anos, período em que foram adquiridos os bens;
- b) o companheiro falecido tinha filhos exclusivos, porém com todo o patrimônio em nome da companheira sobrevivente.

Juridicamente, não há união estável, logo não há como afirmar qualquer direito sucessório dos companheiros ou de seus filhos. Haverá, então, a necessidade de comprovação de *sociedade de fato* ou qualquer outra hipótese originada no direito das obrigações, retornando-se ao período anterior à Constituição de 1988, quando não se reconhecia nenhum direito daquela relação, salvo sob o aspecto obrigacional.

¹⁰ Sobre a distinção de *união estável*, *sociedade de fato* e *prestação de serviços*, ver Lazzarini (1999).

Assim, em vez da lei solucionar conflitos somente os aumentará. Eis, aí, um aspecto que certamente dará início a uma polêmica na doutrina e na jurisprudência, pois modificará novamente a regulamentação da *união estável*.

2.1.3 Conclusão quanto aos cônjuges e companheiros

Feitas tais considerações com a finalidade de discutir alguns aspectos polêmicos a respeito do direito sucessório envolvendo os cônjuges e os companheiros, é importante ressaltar que ele, o Direito Sucessório, *deverá ser considerado na época da abertura da sucessão*. Assim, se pela legislação atual há o direito à sucessão, com a vigência do Novo Código Civil esse direito poderá não mais existir. Tal regra é válida para o próximo ponto, quando tratarmos da sucessão por parte dos filhos adotivos e aqueles decorrentes de inseminação artificial.

3 A sucessão por descendentes: os filhos adotivos e originados por inseminação artificial

3.1 A adoção

Na atual regulamentação jurídica, existem duas espécies de adoção:

- a) a *simples*, regulamentada pelo Código Civil (artigos 368 a 378, da Lei n.3.133/57);¹¹
- b) a *plena* ou *estatutária*, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 39 a 52, da Lei n.8.069/90);.

As duas são distintas. No que nos interessa, cumpre ressaltar:

- a) a *simples* é possível somente para maiores de 18 anos, enquanto a *plena*, somente para menores de 18 anos;
- b) a *simples* estabelece somente o vínculo de parentesco entre o adotante e o adotado, sem extinção do vínculo biológico (artigos 378 e 1.618, do Código Civil), enquanto a *plena* extingue o vínculo biológico,¹² gerando direitos sucessórios nessa nova relação, sem nenhuma restrição (artigo 41, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tal distinção é importante, pois o regime jurídico do Direito Sucessório em ambos é distinto. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, proibiu qualquer discriminação entre os filhos, circunstância que reflete diretamente no direito sucessório.

Com relação à adoção *plena*, o Estatuto da Criança e do Adolescente está em perfeita consonância com a Constituição Federal, não havendo discriminação entre

¹¹ Lei que modificou o Código Civil, mas que regulamenta, ainda, a parte referente ao uso de nome (artigo 2º).

¹² Salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (artigo 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

filhos adotivos e o pai adotante. Todavia, se há esse tratamento igualitário na adoção *plena*, o mesmo não ocorre na adoção *simples*, em que o Código Civil discrimina tanto o adotado como o adotante.

Na adoção *simples*, com relação ao adotado, a situação é de fácil solução, pois se a abertura da sucessão hereditária se deu após a promulgação da Constituição Federal,¹³ aplica-se a regra de seu artigo 227, § 6º, afastando-se as normas discriminatórias dos artigos 377 e 1.605, § 2º, do Código Civil atual. Não pode ser considerado, assim, o fundamento de que prevalece o ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), de modo que afaste a regra específica do artigo 227, § 6º, da Constituição.

A norma constitucional não veda, no entanto, a discriminação entre ascendentes, existente na adoção *simples*. Ou seja, subsistem as normas da adoção *simples* quanto à discriminação na ordem sucessória do pai adotivo e dos pais biológicos. Isso porque, na hipótese de falecimento do filho adotivo, havendo os pais biológicos, estes recebem a herança, excluindo o pai adotante (artigo 1.609, *caput*, do Código Civil). O pai adotante só receberá a herança na falta de pais biológicos (artigo 1.609, § único, do Código Civil).

É interessante notar que, embora a relação jurídica na adoção *simples* estabeleça-se somente entre adotado e adotante, podemos chegar a uma situação inusitada: o filho adotado é pré-morto ao adotante; tem pais biológicos e deixa filhos; posteriormente, o adotante falece. Pergunta-se: os filhos do adotado falecido têm direito de representação? A resposta é afirmativa, pois, caso contrário, haveria tratamento discriminatório entre o filho adotivo pré-morto e o filho biológico pré-morto.

No *Novo Código Civil*, não há exclusão da adoção *plena* do Estatuto da Criança e do Adolescente, embora também afaste os vínculos biológicos;¹⁴ contudo o faz com regras mais restritivas que a do artigo 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵ Ou seja, com o *Novo Código Civil*, resolve-se, com a extinção também do vínculo biológico, a questão do adotante ser excluído pelos pais biológicos da ordem sucessória, já que passa a ser herdeiro como ascendente.

Uma questão interessante refere-se à adoção *plena*, não consumada, quando da abertura da sucessão. A natureza da sentença de adoção é constitutiva, portanto, tem efeito *ex nunc*, e não tem o *filho* direito sucessório, pois não era filho no momento da abertura da sucessão. *Todavia, por expressa disposição do § 5º do artigo 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente, há a adoção póstuma* quando: “após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”. Assim, há o direito sucessório.

¹³ Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 217.473-8, tendo como relator o ministro Ilmar Galvão, J. 29.9.1998, publicado na RT 766/178).

¹⁴ “A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais” (artigo 1.638).

¹⁵ “Os efeitos da adoção começam a partir da inscrição da sentença; e as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste” (artigo 1.640, do Novo Código Civil) [grifo nosso].

3.2 A inseminação artificial

Questão de relevo, ante a evolução da medicina, é a relação decorrente da inseminação artificial. É evidente que não se refere à inseminação artificial com sêmen de pessoa que não seja o cônjuge ou o companheiro, porém, com consentimento de todas as pessoas envolvidas (doador, receptor do sêmen, o cônjuge ou companheiro).

Isto é:

- a) a mulher recebe o sêmen de homem estranho, com concordância de seu marido ou companheiro;
- b) o homem doa sêmen à mulher estranha, com concordância de sua esposa ou companheira.

Aqui, a solução a ser aplicada, na falta de normatização, deve ser a da adoção *plena*, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e não a do Código Civil, seja o atual ou o denominado Novo Código Civil, embora este, no seu artigo 1.602, III, registre que: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III – havidos por *inseminação artificial*, desde que tenha prévia autorização do marido”.¹⁶

Isso porque:

- a) Trata-se de uma relação de parentesco gerada com pessoas menores de 18 anos, aplicando-se, portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 1º, 2º, 28 e 40, da Lei n.8.069/90). O Código Civil, seja ele o atual, seja o novo, aplica-se, na parte relativa à adoção, somente às pessoas maiores de 18 anos.
- b) Extingue-se qualquer vínculo de parentesco com a família biológica, *salvo quanto aos impedimentos matrimoniais*, e reconhece-se o direito sucessório em sua plenitude.
- c) A regra contida no artigo 1.602, III, do Novo Código Civil, só pode ser entendida como inseminação entre pessoas casadas, sem interferência de terceiros.

3.3 Ainda a inseminação artificial

A questão da inseminação artificial parece, num primeiro momento, distante, objeto de conjecturas de jornais e revistas, mas está próxima e é atual.

O Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, em v. acórdão¹⁷ relatado pelo

¹⁶ Em texto divulgado após a apresentação desta palestra, como texto consolidado pelo relator geral do Novo Código Civil (*Revista Consultor Jurídico*, www-conjur.com.br), essa norma passou a ter a seguinte redação: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – ...; II – ...; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

¹⁷ Ap. 166.180-4, 4ª Câmara de Direito Privado (*Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, n.2218, p.1876-1877, semana de 2 a 8 jul. 2001).

desembargador Olavo Silveira, julgado em 9 de novembro de 2000, apreciou questão que envolve diretamente o direito sucessório. O v. acórdão foi assim ementado:

Óbito – Registro afirmando que o falecido não deixou filhos. Nascimento posterior em decorrência de fertilização *in vitro*, com utilização de sêmen deixado pelo falecido. Pretendida retificação do óbito. Inocorrência de erro. Inicial indeferida com determinações. Apelação. Provimento, em parte, com observações.

No corpo do v. acórdão, é feita a observação de que embora o Novo Código Civil regulamente a presunção de paternidade, ele não regula o direito sucessório. Ora, nem é necessário tal regulamento, pois aplica-se o direito *de saisine*, que, como já vimos no início desta exposição, com a morte abre-se a sucessão (artigo 1.572, do Código Civil; artigo 1.796, do Novo Código Civil), e a *capacidade para suceder* é a do tempo da abertura da sucessão, que se regula pela lei em vigor (artigo 1.577, do Código Civil; artigo 1.799, do Novo Código Civil).

Assim, se o filho, quando do falecimento do doador do sêmen, ainda não foi gerado, não tem nenhum direito sucessório, pois ele não foi sequer concebido. Lembre-se que a lei resguarda os direitos do nascituro (artigo 4º, do Código Civil; artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 2º, do Novo Código Civil) de alguém que já exista, e não de algo que não tem existência alguma.

Não há, portanto, direito sucessório se a inseminação artificial foi realizada, mesmo com consentimento, após o falecimento do doador. *Todavia*, é possível uma *hipótese de solução* para garantir ao eventual filho parte do patrimônio, em que não há a vontade presumida do falecido (Rodrigues, 1989, p.68), mas a efetiva manifestação de vontade (artigo 1.626, do Código Civil; artigo 1.869, do Novo Código Civil). Temos, para esse ato de última vontade, o testamento, com a regra do artigo 1.718, do Código Civil, que dispõe:

São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até à morte do testador, salvo se a disposição deste *se referir à prole eventual* de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão (grifo nosso).

Embora o artigo 1.718, do Código Civil, afirme em *prole eventual*, há a necessidade de que tenha ocorrido a *concepção* da futura pessoa quando da morte do autor do testamento, já que só tem capacidade para assumir direitos e obrigações quem exista, ressalvado o *nascituro* (artigo 4º, do Código Civil) (Cahali & Hironaka, 2000, p.371). Todavia, José da Silva Pacheco (2000, p.287), analisando o artigo 1.718, do Código Civil, afirma que pela 2ª parte desse artigo é *dispensável a concepção* na abertura da sucessão, bastando ser *concebível*, e informa duas posições que possibilitam a sucessão por alguém ainda não concebido (Cahali & Hironaka, 2000, p.287):

- a) beneficiar a prole futura por meio de fideicomisso;¹⁸
- b) guardando-se a herança a *prole eventual*.¹⁹

¹⁸ Fundamenta-se nas lições de Clóvis Beviláqua, Teixeira da Silva e Orlando Gomes.

¹⁹ Fundamenta-se na lição de Pontes de Miranda.

O referido autor conclui que a melhor solução é a fixação da substituição fideicomissária, sempre determinando de quem será a prole, já que não pode ser indeterminada. Desse modo, é possível que o falecido tenha deixado herança para a *prole eventual* originada de *inseminação artificial*.

A questão, porém, não é pacífica, vale lembrar. Contudo, fica resolvida no *Novo Código Civil*, em seu artigo 1.964, que é expresso em admitir o fideicomisso em “favor dos não concedidos²⁰ ao tempo da morte do testador”, possibilitando, por conseqüência, a sua estipulação em favor de filho futuro, objeto de *inseminação artificial*.

3.4 Conclusão quanto aos descendentes

Assim, temos algumas questões polêmicas na sucessão, envolvendo os filhos adotivos, os adotantes e aqueles filhos gerados por inseminação artificial, verificando os problemas existentes e a solução que pode ser aplicada à luz do sistema jurídico vigente.

Verificados alguns aspectos polêmicos no processo sucessório, quanto ao âmbito do direito material, podemos fazer considerações a respeito de controvérsias sob o aspecto do direito processual.

4 A questão do imposto *causa mortis*

Questão importante, de ordem processual, surge no processo de arrolamento, em face do pagamento dos tributos, pois, nos termos do artigo 1.031, do Código de Processo Civil, duas fases de análise de pagamentos de tributos existem:

- a) a prevista no *caput* com prova da quitação dos tributos, como condição de homologação da partilha;
- b) a do § 2º, que exige, para *expedição e entrega* do formal de partilha ou de alvarás às partes, “a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos”.

Já o artigo 1.034, do Código de Processo Civil, afasta do processo de arrolamento a discussão quanto a tributos, que deverão ser cobrados com base no valor atribuído pelos herdeiros. Como lembram Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (2000, p.307) “por ser de natureza local, a matéria é solucionada de forma própria, conforme as diversas legislações estaduais”.

No Estado de São Paulo há a Lei Estadual n.10.705,²¹ de 28 de dezembro de 2000, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2001. Em seu artigo 15, fixa-se que a base de cálculo é o valor na data da abertura da sucessão. O fundamento é óbvio,

²⁰ O projeto do Código Civil fala em *concedidos*, que, a toda evidência, deve ser entendido como *concebidos*.

²¹ *Diário Oficial*, Poder Executivo, Seção I, de 29 dez. 2000.

já que a transmissão do patrimônio se dá com a morte, momento da abertura da sucessão.

Questão de relevo, posta pela lei estadual, encontra-se no seu artigo 10 e parágrafos:

art. 10 – O valor do bem ou direito na transmissão *causa mortis* é o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz.

§ 1º – Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante, desde que haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9º, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial.

§ 2º – Na hipótese de avaliação judicial ou administrativa, será considerado o valor do bem ou direito na data da sua realização.

§ 3º – As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às *demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial* das quais resultem atos tributáveis (grifo nosso).

Ora, tal norma, com relação ao processo de *inventário*, em face do que consta no Código de Processo Civil, não apresenta nenhum problema, pois:

- a) a Fazenda Pública é citada (artigo 999);
- b) a Fazenda Pública tem oportunidade para se manifestar sobre o valor dos bens de raiz (artigo 1.002);
- c) em hipótese de não concordância da Fazenda Pública com os valores atribuídos *ao bens do espólio* (portanto, bens imóveis e móveis), será feita avaliação dos bens (artigo 1.007);
- d) feita a avaliação, procede-se com o cálculo do imposto (artigos 1.012 e 1.013, do Código de Processo Civil).

Já o artigo 10, § 3º, da Lei Estadual n.10.705, de 28 de dezembro de 2000, determina a sua aplicação “no que couber, às *demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial*”. Fica a questão: cabe a discussão do valor do bem no processo de arrolamento sumário?

A resposta só pode ser negativa, já que o próprio § 3º, do artigo 10, é expreso em afirmar que tal procedimento avaliatório será aplicado *no que couber* às *demais partilhas* (caso do arrolamento sumário). Não bastasse isso, é de competência exclusiva da União legislar sobre Direito Civil e Processo (artigo 22, I, da Constituição Federal), natureza das normas dos artigos 1.031 e 1.034, do Código de Processo Civil, pois regulamentam a forma de arrecadação e individualização de bens (processo) e atribuição dos quinhões aos sucessores (Direito Civil).

No processo de arrolamento, portanto, compete à Fazenda Pública somente a fiscalização se os tributos estiverem regularmente quitados, sendo-lhe vedada a discussão a respeito da correção dos valores ou não, que, na hipótese de discordância

dos valores apresentados, deverá “exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral” (§ 1º, do artigo 1.034, do Código de Processo Civil).²²

5 O usufruto como quinhão

Um tema interessante ocorre na possibilidade de, na partilha, ser estabelecido o *usufruto* como direito da viúva-meeira, por exemplo, compensando com a nu-propriedade em favor dos herdeiros.

Duas questões surgem:

- a) há a transmissão *inter vivos*?
- b) há a transmissão *causa mortis*?

O exemplo pode ser encontrado em v. acórdão²³ do qual foi relator o desembargador Narciso Orlandi:

O viúvo-meeiro não abriu mão de sua meação em favor dos filhos, ao contrário do que, contraditoriamente, consta das declarações. Também não reservou o usufruto dos bens inventariados. O esclarecimento está na proposta dos pagamentos. Ao monte foi dado o valor de R\$ 32.456,52. Ao usufruto de um dos imóveis foi dado o valor de R\$ 9.638,91; ao do outro, R\$ 6.589,35, totalizando R\$ 16.228,26, que corresponde à metade do valor do monte.

Ou seja, admite-se na partilha como fixação de quinhão ou meação que temporariamente se destaque o *direito real de fruir* o bem da *propriedade*, tratando-se de “mera atribuição de frações ideais”²⁴ sem que isso implique:

- a) a necessidade de escritura pública;
- b) transmissão *inter vivos*, logo, a necessidade de recolhimento de tributo no inventário ou no arrolamento.

Surge, porém, um problema quanto ao imposto *causa mortis*, por força da Lei Estadual n.10.705, de 28 de dezembro de 2000, em razão do seu artigo 9º, § 2º, que estipula como base de cálculo para o valor do bem, na data da abertura da sucessão, um terço “do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso”.

Esse valor de um terço deve ser considerado somente na hipótese de sucessão testamentária, em que o autor da herança estipula o direito real de usufruto em favor de alguém, nunca, porém, como base de cálculo em atribuição de quinhões

²² A esse respeito, citando vários julgados do Superior Tribunal de Justiça, veja-se v. acórdão do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado na *JTJ-Lex* 228/165 (A.I. n.118.220-4, 1ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator o desembargador Gildo dos Santos, j. 31.8.1999, com declaração de voto vencedor do desembargador Luís de Macedo).

²³ Tribunal de Justiça de São Paulo, A.I. n.131.550-4/5-00, 7ª Câmara, j. 27.10.1999, publicado na *RT* 773/232.

²⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo, A.I. n.155.806-4/0, tendo como relator o desembargador Linneu de Carvalho, 2ª Câmara, j. 13.06.2000, publicado na *RT* 781/242. Esse acórdão colaciona outros acórdãos com mesmo teor, como os publicados na *RT* 541/118 e na *RJTJ* 37/31.

na partilha, pois o fato gerador não é a atribuição de quinhões (ou frações ideais), mas tão-somente a transferência do domínio no momento da abertura da sucessão. Aliás, tal fato se confirma, pela circunstância de que para a transmissão da nu-propriedade, a base de cálculo será de 2/3 (dois terços), conforme o mesmo artigo 9º, § 2º, da Lei Estadual.

6 Conclusão

São essas, portanto, algumas questões polêmicas no meio de várias, as quais, neste momento, merecem reflexões, mesmo à luz do Novo Código Civil, já que aprovado pelo Congresso Nacional, merecendo de antemão nossa reflexão.

Outro tema de interesse, também novo, refere-se à hipótese de *clonagem*, ou seja, a reprodução de uma pessoa a partir de célula exclusivamente dessa mesma pessoa. Minha opinião, por ora, é de que essa pessoa, originada em clonagem, deve ser considerada filha da pessoa clonada, com os direitos a ela inerentes, sendo irmã unilateral, se o caso, de um outro filho naturalmente concebido.

Referências

- ALMADA, Ney de Mello. *Separação de fato*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de Família – aspectos constitucionais, civil e processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. v.2, p.205-228.
- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas – Direito das Sucessões*. 13 ed. São Paulo: Leud, 2000.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Gisela M.F.N. *Curso avançado de Direito Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v.6, n.174, p.371.
- LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa pretendi nas ações de separação judicial e dissolução de união estável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, n. 437-438, p.287.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.7, n.32, p.68.
- VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

