

# O Direito Sucessório do Não Concebido ao Tempo do Óbito e algumas inovações na Sucessão Testamentária

**CLÁUDIA NOGUEIRA**

*Defensora Pública/RJ. Professora da EMERJ e da UCAM*

O tema que me coube é a abordagem do direito à sucessão legítima e testamentária do não concebido ao tempo do óbito do autor da herança e as inovações na sucessão testamentária. A sucessão do não concebido ao tempo da morte decorre principalmente do fato de que o direito à procriação é inerente à personalidade. Contudo, agora transcende. Não termina mais com óbito. É possível haver a procriação mesmo após a morte de uma determinada pessoa. Entende-se, e a maioria entende dessa forma, inclusive na Europa e em diversos países, que é indispensável que aquele que depositou o seu sêmen em um banco especializado diga, expressamente, qual será o destino do material genético, se para fins de pesquisa, de reprodução, se a esposa ou a companheira futuramente poderá utilizá-lo, mesmo após sua morte. O próprio depositante tem que especificar a finalidade e a aplicação dos gametas.

Em razão desta possibilidade de procriação após a morte da pessoa que criou seu material genético, surgem alguns problemas de direito sucessório. O art. 1.597, inc. III, tem a seguinte redação:

*“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;”*

Fecundação artificial homóloga é aquela que emprega o material genético do próprio casal, diferenciadamente da heteróloga, que utiliza o material reprodutivo de um terceiro. Realmente, bio-

lógica e juridicamente, o marido é o pai, dissipando-se qualquer dúvida com o exame de DNA que confirmará o vínculo parental, se questionado. A problemática não recai sobre o parentesco, mas sobre o direito à sucessão legítima do concebido após o falecimento de seu genitor. A pergunta crucial e geradora de fortes debates na doutrina, principalmente estrangeira: Esse filho concebido após a morte do pai por inseminação artificial homóloga tem direito à sucessão legítima? Porque, quanto à testamentária, é possível, mas quanto à sucessão legítima podemos apresentar duas correntes. Há uma divergência já bastante acentuada, que apesar de ser um tema mais a nível doutrinário, com certeza os senhores poderão se deparar futuramente com um problema desses: a primeira corrente sustenta que o filho não sucede. Autores de porte, como Eduardo Oliveira Leite<sup>1</sup> e Silvio Venosa<sup>2</sup> entendem que o filho concebido posteriormente ao óbito do autor da herança não tem direito à sucessão legítima. Quais seriam os fundamentos? Inicialmente, a interpretação do art. 1.798, que tem a seguinte redação: *“Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”*. Portanto, para ser herdeiro, ele tem que, ao menos, existir, ter sido concebido até o momento do óbito. Logo, se o potencial herdeiro ainda não foi concebido, ele ainda não existe, por isso, não vai ter direito à sucessão legítima.

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.105.

<sup>2</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. VI. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 2003, p. 283.

Outro fundamento a respaldar esta posição é aplicabilidade do artigo 1.798, para a sucessão legítima e para a sucessão testamentária.

Um grande problema que tem aqui como pedra de toque nesta corrente seria a segurança, a estabilidade das relações jurídicas. Como podemos admitir que o concepturo, aquele que ainda não foi concebido - e não sabemos quando o será - terá direito a receber esses bens? Quanto tempo esse patrimônio vai ficar aguardando que haja uma concepção que pode nunca ocorrer? O prazo para pleitear os bens seria o mesmo da petição de herança para este que foi concebido após o óbito, nascendo com vida? Isso intranquilizaria inclusive os demais herdeiros e interessados na sucessão, causando também um outro problema sucessório que seria a intenção da viúva. Ela, ao fazer a inseminação artificial, pode não estar imbuída no melhor dos sentimentos - o sentimento materno. Poderá estar interessada em uma sucessão diferenciada, querendo ter mais direitos sucessórios, especialmente, porque o Código Civil atual prevê direito à sucessão da propriedade dos bens ao cônjuge que concorre com os descendentes do falecido, dependendo do regime de bens. Tendo um filho do morto, a sucessão será de uma forma. Se o falecido deixou apenas descendentes não comuns a sua esposa, a sucessão se dará de outra forma, ou, ainda pior, supondo que o falecido não tenha deixado descendentes, mas apenas ascendentes. Concorrerão os ascendentes e o cônjuge sobrevivente independentemente de regime matrimonial. Ela tendo um filho dele, e entendendo-se que o filho sucede, os ascendentes perdem o direito à sucessão e os bens são destinados ao filho e ao cônjuge sobrevivente, este último dependendo do regime de bens. E caso o consorte não tenha direito à sucessão legítima concorrendo com o descendente, terá durante o período do exercício do poder familiar, direito à administração e usufruto legal dos bens do filho menor, devendo ser dispensado um cuida-

do muito grande no reconhecimento do direito sucessório da mulher que fez inseminação artificial *post mortem*, se a mesma for beneficiada patrimonialmente com o nascimento deste filho, até para que as viúvas não se sintam estimuladas com a maternidade para proveito econômico, concebendo filhos após o óbito do genitor. Se admitirmos a sucessão desse filho concebido após a morte, que se lhe dê esse direito, mas o direito da mulher, da esposa, não deverá jamais ser alterado para beneficiá-la. Seu direito poderá ser mantido ou alterado, sim, para ter redução do seu quinhão hereditário ou a perda do mesmo, nunca para angariar vantagens, por conceber um filho do falecido, pois senão estaríamos chancelando, de uma certa forma, a procriação - não para a formação de família ou o direito à procriação - mas, apenas por um fim econômico em que o menor, evidentemente, seria o grande prejudicado.

Ainda nesta primeira corrente, podemos suscitar o direito adquirido dos herdeiros concebidos e já nascidos à sucessão legítima, por terem direito de *saisine*. O artigo 1784 prevê que: "*Aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*". Com o falecimento, imediatamente o domínio e a posse são transmitidos aos herdeiros existentes e a Constituição da República assegura o direito adquirido e o direito à herança, ambos em seu artigo 5º, protegido como cláusula pétrea. Admitirmos que o concebido após o óbito suceda, contraria este preceito fundamental.

Em sentido contrário, a outra corrente sustenta que o filho concebido depois do falecimento sucede, por força do § 6º, do art. 227, da Constituição Federal, que estabelece que todos os filhos são iguais, independentemente de origem. Sendo assim, não tem justificativa o filho concebido antes da morte suceder e o concebido depois, não ter direito à sucessão legítima. Todos são filhos, todos são herdeiros. Se todos são filhos, têm iguais direitos, logo, mesmo concebido após a morte do autor da herança,

nascendo com vida, ele tem direito a essa sucessão. Outro fundamento também com base na Constituição poderia ser a dignidade da pessoa humana. Não se pode sustentar um comportamento familiar, uma convivência digna numa família de um filho com o patrimônio deixado pelo falecido pai e um outro filho, sem patrimônio, dependente, completamente, dos seus familiares. Por isso, a dignidade da pessoa humana também pode amparar esse que venha a ser concebido após a morte do autor da herança.

Ganha reforço a tese favorável à concessão do direito hereditário com o *caput* do art. 1597 que cria uma presunção jurídica, ainda que fictícia, de que o filho foi concebido durante o casamento, portanto, como se vivo fosse o marido.

Nesta esteira de entendimento e também com amparo na Constituição, o direito de herança e o direito de propriedade e sendo filho, deve ser considerado como herdeiro, tendo direito de *saisine*.

Mas, é possível a contraposição desse argumento em favor da primeira corrente dizendo: mas os outros filhos, os outros herdeiros, também têm direito de *saisine*, porque o domínio e a posse foram imediatamente transmitidos na hora do óbito - se foram imediatamente transmitidos no exato momento do falecimento, eles têm direito adquirido a um determinado percentual daquela herança, têm o direito de propriedade e o direito de herança garantidos pela Constituição aos bens que compõem o acervo hereditário.

Na verdade, existe um conflito de normas fundamentais que deve ser dirimido pela teoria da ponderação dos interesses. As duas linhas argumentativas trazem à cena a inevitabilidade de colisão de direitos e princípios fundamentais, dentre os quais se destacam: o direito do filho à sucessão, com base na dignidade da pessoa humana, direito à propriedade, à herança, a igualdade de tratamento a ser dispensado aos filhos, o princípio da paternidade responsável que pode ultrapassar o período de vida do genitor, propiciando aos filhos

meios materiais de sobrevivência e vida digna, ou em contraposição para a outra linha de pensamento, o direito dos demais que existiam à época do óbito, com base na segurança das relações jurídicas, na previsão do artigo 1798 do CC, e também no direito de propriedade, no direito de herança e no direito adquirido.

Sem dúvidas, deparamos-nos com o antigo conflito, que sempre acompanha o direito: de um lado, a estabilidade das relações jurídicas; de outro, a justiça no caso concreto - porque pela justiça no caso concreto, deveria prevalecer a segunda corrente. Claro, é filho, todos os filhos são iguais, dignidade da pessoa humana, direito à herança, os filhos não podem ser tratados diferenciadamente, garantindo-se-lhes a sucessão. É a justiça no caso concreto. Para a outra vertente, a estabilidade das relações jurídicas, impedindo-se que sejam criadas situações indefinidas de patrimônios que ficariam aguardando uma possível concepção - que pode não ocorrer.

Situação diversa é a da prole eventual, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas em ato de última vontade, como preceitua o artigo 1.799, I do CC: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

*I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”*

A controvérsia se o concebido após o óbito é legitimado para suceder reside na sucessão legítima. Na sucessão testamentária há previsão legal.

Mas, como ficarão os bens do morto até o nascimento? E se o herdeiro esperado não for concebido ou não nascer com vida, qual o destino do acervo hereditário? O artigo 1800, responde, em parte, estes questionamentos. Em princípio, o patrimônio será administrado pelo curador nomeado judicialmente, que preferencialmente será a pessoa que gerará o futuro herdeiro, caso não disponha diversamente o testador.

E o prazo para a concepção? Há algum prazo que deve ser aguardado? O parágrafo 4º do artigo 1.800, assim dispõe:

“Se, decorridos 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

Será este prazo inconstitucional por restringir o direito de herança? E a segurança das relações jurídicas, como fica?

Pontue-se que estamos tratando de sucessão testamentária. Se essa sucessão é legítima, poderemos, dependendo da corrente, ficar presos ao disposto no art. 1.798, que entende que somente aquele ao menos concebido pode suceder. Se ainda não foi concebido, não é legitimado.

Esse período de dois anos do parágrafo 4º limita o tempo de indefinição, de insegurança, porque dá um tempo para que ocorra a concepção, – e entendendo que tal prazo não é aplicável para o fideicomisso, o que será analisado posteriormente. Não sendo concebido o herdeiro esperado nesse prazo de dois anos, os herdeiros legítimos existentes ao tempo da morte seriam os sucessores.

Cabe salientar um tormentoso problema teórico e bastante prático, quanto à propriedade dos bens nesta fase em que se aguarda a concepção. Não ouvi nenhum comentário ou questionamento a respeito. Se o herdeiro não nascer, os herdeiros legítimos do testador sucedem, se o testador não dispuser de forma diversa. E se ele for concebido após o óbito e nascer com vida? Quem será o titular do direito de propriedade neste período de tempo entre a morte e o nascimento com vida do herdeiro testamentário, se ele ainda não existia ao tempo do falecimento? Quem não existe não pode ser titular de direitos ou obrigações. O legislador admitiu a sucessão do não concebido ao tempo do óbito, porém não regulou como ficará a cadeia dominial. Exemplificando, o titular dos direitos falece e somente um ano depois do óbito o herdeiro é concebido. Quem deve figurar como proprietário até o nascimento com vida? Questiona-se isso por não ser possível a vacuidade destas relações jurídicas patrimoniais.

Será razoável a criação da ficção de que o herdeiro era titular dos bens desde a morte, apesar de não ter sido nem mesmo concebido à época do óbito? Terá o Código previsto uma exceção de herdeiro sem direito de *saisine*? Porque como ele ainda não existe não pode ser titular do direito de propriedade no momento do óbito, contudo o artigo 1.784 prevê a transmissão da herança, ou seja, propriedade e posse, desde o momento do falecimento aos herdeiros. Bem, estas são apenas algumas indagações para serem discutidas sobre este enfoque do problema e merecem ser estudadas pela doutrina.

Relativamente à sucessão do não concebido, uns dos problemas mais interessantes a enfrentar são: a) se o filho concebido após a morte terá direito à sucessão legítima; b) qual e se terá a genitora do concebido posteriormente ao óbito direito à sucessão, com base nos artigos 1.829, I c/c 1.832; c) Quem será o proprietário dos bens entre o período do óbito e a concepção com nascimento com vida, se o herdeiro não existia ao tempo do falecimento? Estes são, acredito, alguns questionamentos que devem ser enfrentados nos planos teórico e prático.

Outro aspecto interessante a ser abordado, também em razão do artigo - 1.597, IV - é o dos embriões excedentários e o direito à sucessão legítima: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos (...) IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga...” Nesta hipótese, entendendo-se que já ocorreu a concepção e a mesma foi antes do óbito, esses embriões – lógico, havendo nascimento com vida – irão suceder, terão direito à sua sucessão. Se entendermos que a concepção só ocorre com a implantação do embrião no útero, voltamos a mesma divergência suscitada anteriormente quanto ao inciso III do artigo 1597 do CC.

O problema é que os embriões podem ficar congelados durante muitos anos e o artigo 1.800 § 4º, é relativo à sucessão testamentária, podendo ficar em aberto qual seria esse prazo para o

nascimento, pois como o embrião foi gerado com material genético do próprio autor da herança, este é o genitor. A questão aqui delineada é que na sucessão legítima não há qualquer previsão de prazo, pois o art. 1.798 prevê que o herdeiro deve ter sido ao menos concebido ao tempo do óbito do autor da herança.

Outra novidade que envolve o concepturo são as novas regras sobre o fideicomisso, artigo 1.951 e seguintes, especialmente o 1.952, ambos do novel Código.

O 1.951 conceitua o fideicomisso, sem alterá-lo, permanecendo a dupla vocação. A primeira, com a morte do fideicomitente os bens passam para o fiduciário e a segunda, quando ocorre a morte do fiduciário, o cumprimento de uma condição ou termo, adquirindo o fideicomissário o bem fideicomitado e por causa desta dupla transmissão que a doutrina e jurisprudência, há muito, repudiam este instituto, defendendo sua abolição.

A modernidade trazida pelo art. 1.952 é a admissão do fideicomisso só para aqueles que ainda não foram concebidos. O fideicomissário tem que ser não concebido ao tempo do óbito do testador. O art. 1.952 determina que: “*A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador*”.

Já o parágrafo único estabelece que: “*Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitados, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.*” Nascendo o fideicomissário antes do óbito, há uma transmutação do fideicomisso e o fiduciário será usufrutuário e o fideicomissário nu-proprietário.

Feitas estas considerações de cunho genérico, aprofundemo-nos no estudo do instituto. Primeiramente, a lei não regulou a hipótese do beneficiado ter sido concebido mas não nascido ao tempo do óbito. Menciona que vai ser fideicomissário se não concebido, e se nascido, será nu-proprietário. E se estiver em fase de gestação? E se for um nascituro? Este nascituro terá

direito a sucessão testamentária? Ele pode ser contemplado com esses bens? Ou a sucessão necessariamente será a legítima?

Não há solução pacífica. O Código não regulou e, se não há regulamentação legal atribuindo direito ao nascituro de receber como fideicomissário ele não sucede, caducando esse fideicomisso - consolida-se a propriedade nas mãos do fiduciário. Enfatize-se, pelo art. 1.952 só se admite como fideicomissário o não concebido. Se caduca esse fideicomisso, a sucessão passa a ser uma sucessão testamentária simples, com apenas uma única transmissão de patrimônio. Por lado, pode-se sustentar que a lei civil antiga e atual põe a salvo os direitos do nascituro e negar-lhe o direito de herança, *data vênia* de entendimentos contrários, fere o preceito constitucional que garante a todos, sem distinções o direito de herança. Repise-se, por as-saz relevante, que o direito do concepturo foi regulado, bem como o daquele nascido ao tempo do óbito. Entendo que a omissão do legislador civilista criou uma inconstitucionalidade.

Uma questão que pode ser levantada de particular relevo, como antes salientado: O artigo 1.800, § 4º pode ser aplicado também para o fideicomisso? Isso porque esse § 4º refere-se à sucessão testamentária, e o fideicomisso só ocorre se houver testamento. A lei não faz regulamentação quanto ao prazo para que o fideicomissário seja concebido. Em razão disso, Silvio Venosa<sup>3</sup> sustenta que deve ser aplicado o referido dispositivo, no fideicomisso, e aí ousa divergir do eminente mestre, porque esse artigo 1.800, parágrafo 4º, como lido, é referente à sucessão testamentária sim, mas a parte final dele é contrária à própria essência do fideicomisso, ao determinar: “... *salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos*”. Se ele não for concebido no prazo assinalado, *data venia*, os herdeiros legítimos não podem ficar com o patrimônio; quem

---

<sup>3</sup> idem

tem que ficar com o patrimônio é o fiduciário, em decorrência da caducidade do fideicomisso. Então sempre que, por algum motivo, a segunda transmissão não se realiza, há a consolidação da propriedade plena e irrestrita do fiduciário.

Entendo que não podem os herdeiros legítimos suceder na segunda vocação. Eles não poderiam assumir o lugar do fideicomissário. O artigo 1952 *caput* só admite como fideicomissário o não concebido ao tempo do óbito do testador, não teria como esse herdeiro legítimo suceder na qualidade de fideicomissário se ele já era concebido ao tempo da morte do testador. Raciocínio diverso desconfigura completamente a essência do instituto do fideicomisso como previsto no atual Código, criando uma ilegalidade. Como a matéria é recentíssima, merece detida atenção, pela inconveniência que seria permanecer em aberto sem um termo especificado, para a concepção desse fideicomissário.

Quando terá o fideicomissário direito à propriedade dos bens? A pessoa é concebida após a morte do testador, nascendo com vida. Ele vai ter direito a esse patrimônio, mas este patrimônio será transmitido no momento do seu nascimento, ou pode-se aguardar um tempo futuro ou alguma situação futura?

Entendo que dependendo do que foi disposto no testamento, ele vai receber os bens ou terá apenas mera expectativa de direitos, tendo que cumprir certa condição ou aguardar o termo previsto no testamento ou a morte do fiduciário. Nesses casos, esse fideicomissário, nascendo, não necessariamente terá a propriedade e a posse dos bens, porque se não fosse assim, dificilmente poderíamos explicar a possibilidade do cumprimento da condição, porque quem cumpre a condição é o fideicomissário; se ele ainda não foi nem concebido, claro que não poderá cumpri-la. Por isso, pode-se dar um lapso temporal além do nascimento, para que ele venha a receber – nasce, depois cumpre a condição; nasce, espera que o termo se complete; portanto, o nascimento com vida é essencial para garantir o

direito sucessório, mas não tem que ser imediata a transmissão com o nascimento, por força do regulado na lei nos artigos 1.951 e 1.952, que, repetindo, estabelece que: *“Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário”*. Se o fideicomissário, nascendo, sucede, ele jamais teria essa condição, a não ser que fosse imposta, por exemplo, uma condição como: *“ele vai ter direito a receber os bens se for filho homem, ou filha mulher”*<sup>4</sup>. – não deixa de haver a possibilidade de uma colocação, dessa forma, pelo testador. Fora isso, se é o próprio que tem que cumprir a condição, não pode haver a transmissão no exato momento do nascimento, até porque não tem previsão legal para isso.

Outro questionamento. O fideicomissário pode casar pela comunhão universal e o artigo 1.668 estabelece que: *“São excluídos da comunhão: (...)II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva...”*. Se ele tivesse direito ao patrimônio no momento em que nascesse, não haveria esta regra. O direito à sucessão pode se cristalizar posteriormente ao nascimento do fideicomissário. O importante é que a concepção seja posterior ao óbito do testador. O que dispõe, aqui, o legislador, que tem uma redação idêntica ao 263 do Código Civil anterior (de 1916), que enquanto os bens estão com o fiduciário, esse patrimônio não comunica com o cônjuge do fiduciário, por ser propriedade resolúvel, havendo o cumprimento da condição, o termo ou a morte do fiduciário, todos os bens terão que ser entregues para o fideicomissário.

Quanto ao fideicomissário, esses bens podem se comunicar se, ao tempo do cumprimento da condição, ele for casado pelo regime da comunhão univer-

<sup>4</sup> Nesse sentido a monografia de pós-graduação da Dra. Monica Reisky sobre substituição fideicomissária.

sal, porém se for separado judicialmente, à época do cumprimento da condição, mesmo que fosse casado ao tempo do óbito, o cônjuge do fideicomissário não tem direito à meação do bem fideicomitido, o bem não comunica. Antes do cumprimento da condição, o fideicomissário tem mera expectativa de direitos.

Como nosso tema abrange as inovações na sucessão testamentária, além da sucessão do concebido após o óbito, valem algumas anotações sobre as cláusulas restritivas de direitos. O entendimento já consagrado na hermenêutica jurídica e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, Súmula 49, de o bem inalienável ser incomunicável e impenhorável foi elevado ao patamar de lei civil no seu art. 1911: “*A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade*”.

O artigo 1.848, estipula: “*Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima*”.

Quanto à disponível, não há nenhuma novidade. Sobre a disponível, pode o testador impor a cláusula de inalienabilidade, de incomunicabilidade, de impenhorabilidade, independentemente de justificativa, apesar de estas cláusulas sempre terem sido duramente criticadas pela doutrina e pela jurisprudência, por retirarem o bem do comércio e restringirem o direito de herança, constitucionalmente garantido.

A justa causa vem sendo exigida só em relação à legítima. Mas, o que pode ser considerado como justa causa para que se mantenha a cláusula restritiva? Evidentemente que isso vai variar muito caso a caso, vai depender do convencimento do juiz a respeito da questão. Pode-se entender, por exemplo, como uma boa justificativa: “deixo os bens que vão para o meu filho fulano de tal gravados com cláusula de inalienabilidade porque ele é toxicômano, ou porque ele é alcoólatra, ou viciado em jogo, ou um perdulário, ou um gastador compulsivo”.

Uma providência do autor da herança, acautelando o futuro de seus herdeiros necessários.

Similar o entendimento quanto à impenhorabilidade, podendo ser usados os mesmos argumentos da cláusula de inalienabilidade, assim como aquele que sabe que seu filho tem inúmeras dívidas e não quer que os bens deixados na sucessão legítima e/ou testamentária caiam nas mãos dos credores daquele herdeiro necessário, podendo o testador gravar seu patrimônio com a cláusula de impenhorabilidade para a proteção do filho devedor.

O mais difícil é justificar a cláusula de incomunicabilidade. Qual a justificativa para que o patrimônio não comunique? O interesse se revela se o herdeiro necessário for casado pelo regime da comunhão universal de bens, porque todos os bens se comunicam e o cônjuge do herdeiro sofre de algum dos problemas acima citados, por exemplo. Este é o alvo do preceito. Em situação diversa não se justifica a cláusula. Caberá ao magistrado a cognição profunda em contraditório pleno e com ampla tessitura probatória julgar o pedido de “levantamento” de qualquer das cláusulas restritivas.

Estas cláusulas podem ser “levantadas”? O que pode justificar a alienação de um bem inalienável? A jurisprudência com o aval da doutrina vem admitindo a alienação em casos urgentes e justificados, como um problema de saúde do próprio herdeiro ou de seu filho que não tem recursos próprios e o tratamento oferecido pela rede pública é insuficiente, gerando necessidade de complementação. É um justo motivo para o levantamento, mesmo tendo havido uma justa causa prevista no testamento. A alienação desse patrimônio pode ser a solução para salvar a vida do herdeiro, até porque os direitos à vida, à propriedade com função social e o direito de herança são garantidos constitucionalmente. O direito à vida é hierarquicamente superior ao bem jurídico tutelado patrimonial.

O parágrafo 1º do mesmo artigo, contém a novidade que proíbe o testador

de estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. Antes, o testador podia determinar que os bens fossem convertidos. Agora, a lei veda a determinação de conversão dos bens da legítima em outros bens. Será possível somente quando for a conversão dos bens da disponível, não havendo restrição legal.

Parágrafo 2º *“mediante a autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros”*.

A outra novidade a apontar é o testamento aeronáutico. Uma nova modalidade de testamento especial, que, na verdade, não trouxe nenhuma variante do testamento marítimo, exceto a situação fática. Ele vem regulado da mesma forma como o testamento marítimo, não trazendo nenhuma disposição significativa.

O número de testemunhas testamentárias foi reduzido. Não há mais a necessidade de cinco testemunhas para o testamento, em alguns casos podem ser três testemunhas e em outros apenas duas, dependendo da espécie do ato de última vontade.

Na parte relativa à colação, infelizmente, o Código obrigou apenas os descendentes em seu artigo 2002, que tem a seguinte redação: *“Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”*. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos serão computados na parte indisponível sem aumentar a disponível. E a finalidade da colação é igualar a legítima dos herdeiros necessários. Contudo, dependendo do regime, é admissível doação de um cônjuge ao outro, até mesmo em pacto antenupcial. Mas o legislador não exigiu que o cônjuge donatário ou o ascendente donatário traga o bem doado à colação no inventário do doador. A lei só exige que o descendente, que recebeu o bem, traga-o à colação. Os demais herdeiros ne-

cessários não precisam colacionar as doações.

Esses são apenas alguns pontos e críticas em relação à sucessão do herdeiro não concebido ao tempo do óbito, sobre disposições fideicomissárias e algumas inovações na sucessão testamentária. Realmente, as sucessões do cônjuge e do companheiro apresentam maior repercussão prática, com o maior número de debates por ser o nosso cotidiano. As hipóteses aqui abordadas são bem mais raras, por não ter o brasileiro hábito de fazer testamento. Ele é avesso à sucessão testamentária por questão cultural e as sucessões do cônjuge e do companheiro mudaram a estrutura do direito sucessório com a concorrência de classes.

Novamente, quero agradecer a todos, especialmente à EMERJ pela oportunidade de poder apresentar essas considerações.

## DEBATES

### **Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello**

1 - Observei que houve um equívoco do legislador, em meu modo de ver, no artigo 1.831 quando é deferido ao cônjuge sobrevivente o chamado direito real de habitação. Sabemos que o direito real de habitação, assim como o usufruto vitalício, ingressou no ordenamento jurídico com a função de proteger, no caso, à época nas mãos de Nelson Carneiro, a mulher casada.

Então isso tudo sempre teve um aspecto excepcional e protetivo, de modo que o contemplar de direito ou contemplada de direito real de habitação, se ele constituísse nova união estável já com o ordenamento constitucional atualizado, atualizando o Código Civil, o outro casamento perderia a sua função e deveria ser extinto. Contudo, na redação do novo Código Civil, em 1931, se esqueceram, só posso entender dessa forma, a temporariedade. O Código dispõe que ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo do que lhe cabe na herança, o direito real de habitação

relativamente ao imóvel destinado... Será que criaram um direito real de habitação perpétuo? O que seria um total absurdo.

Sendo assim, gostaria que Vossa Excelência enfrentasse a seguinte questão: Se podemos, apesar do silêncio da lei, dar uma interpretação extensiva? E se o projeto do Deputado Fiuza, que objetiva corrigir, quer dizer que ele inclui a temporariedade do instituto no 1.831, está correto ou não.

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

O art. 1.831 traz um direito real, que é ambulatorio, que adere à coisa, que acompanha a coisa e realmente não há redação do Código Civil de 16. Esse código dispunha que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão universal, o novo código não traz qualquer regime, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem o prejuízo da participação da herança, o direito real de habitação. O novo Código não traz essa situação, ou seja, passa a ser um direito vitalício ao cônjuge sobrevivente, o que vai criar uma situação deveras embaraçosa. Imaginem a situação em que uma pessoa, casada por qualquer regime e que tenha um filho fora dessa união, venha a falecer. Esse filho recebe a propriedade daquele único imóvel a ser inventariado com a madrasta dentro. O Direito Real adere à coisa. E mais a madrasta arranja um outro homem e o traz para a sua residência. Então, o que o filho pode fazer? Aguardar a morte, somente. Isso somente será corrigido se o projeto for aprovado. No projeto 6.960, o relator aperfeiçoou e voltou a dizer o seguinte: artigo 1.831: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, a finalidade assistencial, fornecer habitação, enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável, será assegurado sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação”.

Enquanto não houver modificação legislativa, será um direito real vitalício, como é, por exemplo, o usufruto testamen-

tário em que não haja limitação temporal para o exercício do direito de usufruto. Realmente virou vitalício, mas vai ser corrigido, espero, o mais breve possível.

#### **Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello**

Até entendo e até por uma experiência prática de todos os meus amigos, pois não tive nenhum amigo que convertesse a união estável em casamento. Então foi um lamentável equívoco dizer que o objetivo de quem vive em união estável é converter em casamento. Contudo, esse lamentável equívoco foi constitucional, porque no art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, na sua parte final, é estabelecido que deve a lei facilitar a sua conversão em casamento. Então não me parece, com redobrada vênia, que o herdeiro, agora dito pela lei, companheiro, possa ser entendido como herdeiro necessário porque, em meu modo de ver, o legislador quis deliberadamente colocar o companheiro de fora da idéia do herdeiro necessário e se nós observarmos a redação do 1.790, é diferente da redação da vocação hereditária. A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, a idéia do legislador foi exatamente, não que a união estável seja uma relação de segundo plano, evidente que não, mas essa diferenciação foi feita de acordo com a Constituição da República.

Nesse passo, na Jornada de Direito Civil, a qual participamos no STJ, na parte do Direito de Família, foi aprovado o enunciado 97, que coloca a questão no seu devido lugar. Ele dispõe o seguinte: “No que tange à tutela especial a família, devem ser estendidas as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge, à situação jurídica que envolve o companheirismo”. Como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente. Porque lá no artigo 25, da parte geral, esqueceram-se do companheiro. Na hora de prever a legitimação para a declaração da ausência, não colocaram o companheiro, foi um lamentável esquecimento porque ausência envolve tutela da família. Aqui, no 1.790, apesar da sua

péssima colocação e horrorosa vedação, pois a impressão que dá é que o companheiro só recebe tudo se não tiver sequer um tio-avô, como está no artigo 1.790. Entendo que o companheiro não pode ser visto, em hipótese nenhuma como herdeiro necessário. Essa omissão do legislador foi deliberada e de acordo com o artigo 226, parágrafo 3º. Sendo assim, abro espaço para a réplica.

### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

O próprio relator do projeto do atual Código Civil está evoluindo. Ele, no artigo 1.790, diz que o companheiro participará da sessão do outro no projeto do Legislativo na forma seguinte – como disse aos senhores aquela disposição altamente, a meu ver, inconstitucional, foi suprimida. Inclusive ele procura equiparar ao máximo. A redação do projeto, para o artigo 1.790, reparem, dispõe:

*“Em concorrência com o descendente, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a um desses (continua a discriminação), salvo (ou seja, ele se aproxima da redação do cônjuge sobrevivente) se tiver havido comunhão de bens durante a união estável, o autor da herança não houver deixado os bens particulares ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória”.* Então, reparem que há uma evolução no sentido de realmente equiparar os direitos sucessórios da companheira ao do cônjuge sobrevivente, apenas mantendo uma diferença de metade. Agora, peço uma reflexão aos senhores: muitos dos nossos colegas da EMERJ, inclusive os Professores Sylvio Capanema e Leone, acham que é absolutamente inconstitucional qualquer tipo de discriminação entre cônjuge ou sobrevivente e companheiro. Isso porque o fato de a Constituição ter afirmado que a lei deve converter união estável em casamento, não significa que possa haver a discriminação e que a união estável é uma união de segunda classe. Na realidade, é um tipo de família. E o *caput* do art. 226 da Constituição

Federal, que é a regra de incidência imediata à Lei infraconstitucional, dispõe que a família tem especial proteção do Estado. Não consigo entender e aceitar essa discriminação. O próprio relator está mudando de idéia a respeito disso. Agora, mesmo nos abstraindo da redação da Constituição, como poderíamos interpretar o artigo 1.850? E para excluir da sucessão só os herdeiros colaterais? *“Basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.* O que é um herdeiro necessário, independentemente do tamanho de sua cota? É aquele que não pode ser excluído da sucessão por ofício de piedade da “novela” 119, do Imperador Justiniano, por vontade do hereditando, do falecido. Ora, na realidade, pelo art. 1.850, não haverá possibilidade de aplicação de uma regra restritiva de direito por analogia. Então, o companheiro não pode ser excluído da sucessão, independentemente do tamanho de sua cota, por vontade do testador, mesmo o testamento válido.

Sendo assim, quando ele pode ser excluído da sucessão? Só se ele renunciar ou houver indignidade ou deserdação, ambas confirmadas por sentença judicial. Acho que é perfeitamente possível defender-se a par da inexistência de redação expressa sobre o assunto em relação ao companheiro, que lhe é, em simetria com o cônjuge sobrevivente, herdeiro necessário. Essa é a minha posição, a do Prof. Gustavo Tepedino... Vamos ver o que vossas excelências vão decidir a respeito do assunto, agora reflitam: no Direito Brasileiro existem muitas companheiras que estão há dez, vinte, trinta anos com um homem e na hora da sucessão vamos dizer isso: Quem mandou viver em uma união de segunda classe? Por que não casou? Por que não converteu?

O Estado está interferindo na família, impondo uma conversão. Muitas vezes, o casal é feliz dessa maneira. Vou dar um exemplo: Uma das melhores amigas da minha mãe vivia super feliz há trinta anos em união estável com um senhor. Um belo dia, me consultaram porque queriam converter a união estável em casa-

mento. Então, redigi uma escritura pública declaratória de união estável e eles entraram com um pedido de habilitação de casamento. Então, com essa escritura declaratória de união estável, com cinco testemunhas, que compareceram ao ato, houve a conversão em casamento. Contudo, seis meses depois, o casamento acabou e eles não se falam mais.

Dessa forma, não entendo como o Estado, que tem tanta coisa para fazer, além de matar a fome do nosso povo, como diz o nosso Presidente, vai se preocupar em dizer: Olha é melhor que os que vivem em uma união de segunda classe se casem, pois, caso contrário, o seu companheiro ou companheira será prejudicado. Ora, é muito melhor deixar as pessoas decidirem como querem ser felizes, sem interferência do Poder Público. Acho que essa regra de igualdade, a par da redação do § 3º do art. 226, é uma imposição da Constituição Federal.

#### **Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello**

Antes de mais nada, queria deixar bem claro que concordo com essa posição de defesa da união estável. O problema que estou apresentando como contraponto é que antes desse raciocínio de emergência do novo Código Civil, talvez tivéssemos que pensar na emenda constitucional. O final do parágrafo 3º do artigo 226, é péssimo, mas está na nossa lei maior. Então, dizer que o companheiro, apesar da omissão legal, é herdeiro necessário, é malferir o ruim final do parágrafo terceiro do artigo 226, na medida em que o constituinte disse que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. A meu ver não foi uma boa opção constitucional, não devia constar isso. E outra coisa: no projeto de lei do Deputado Fiuza, o artigo 1.845, que apresenta quem são os herdeiros necessários, vai continuar intocado, ou seja, se esse projeto de lei for aprovado, continuarão, no ordenamento jurídico brasileiro, como herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Então, além da alteração legal, deve-se pensar na constitucional.

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

É uma questão de ponto de vista, interpreto de uma maneira e meu grande amigo interpreta de outra. Agora, só uma observação: a natureza jurídica das coisas não se define, às vezes, por uma expressão da lei, mas sim por uma interpretação sistemática no conjunto e a regra constitucional, a meu ver, interpretada da maneira que acho a mais correta, tem que ser aplicada imediatamente ao Direito infraconstitucional.

#### **Prof. Marco Aurélio Bezerra de Mello**

É só uma indagação, porque o novo Código Civil não fala da possibilidade de o Ministério Público propor ação excluindo o herdeiro por indignidade. Nós vivenciamos, há pouco tempo, um caso terrível, em São Paulo, em que a filha matou os pais e, em seguida, com a presença dos jornalistas, o filho, que poderia excluí-la por indignidade, perdoou. Rapidamente, de plantão, foi levantada a seguinte possibilidade: de o Ministério Público propor essa ação. No meu modo de ver, é um lamentável equívoco porque é uma questão meramente patrimonial. Contudo, foi objeto de uma aprovação unânime na jornada de Direito Civil. Quer dizer, o enunciado número 116, dizendo que o Ministério Público pode propor ação de exclusão do herdeiro por indignidade quando presente o interesse público. Gostaria de saber a opinião dos senhores.

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Os enunciados do STJ, os quais participamos com muito orgulho inclusive representando a EMERJ e a Defensoria Pública, são na realidade a opinião de um grupo de juristas naquele momento. Mas o próprio enunciado dispõe que o Ministério Público, por força do artigo 1.815 do novo Código Civil, “desde que presente o interesse público”, contudo, a meu ver, aqui não há interesse público, mas sim exclusivamente patrimonial.

E na hipótese supracitada do menino, se ele for absolutamente incapaz, quem vai agir por ele é o seu tutor, já que os pais

faleceram. O tutor vai poder entrar com a ação de indignidade. Se ele for relativamente incapaz, não sei qual é a idade dele, ele é quem terá a legitimação para propor a ação assistido pelo tutor. Sendo assim, dependerá dessas circunstâncias. Agora, não admito que o Ministério Público possa entender isso como interesse público. Não há de se confundir clamor público com o fato, com o interesse público que não está presente na hipótese.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Gostaria de fazer uma rápida indagação ao Prof. Luiz Paulo. Sua Excelência afirmou que o Estado não sucederia imediatamente após a morte do *de cuius*, mas só posteriormente. Então a indagação é a seguinte: E nesse período, a quem pertence a herança, a quem pertence o patrimônio?

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, lembro-me muito bem, se não me engano, de um acórdão relatado pelo Des. Thiago: como não existe vácuo sucessório no direito brasileiro e como a sentença que transforma a herança jacente em vacante, o próprio CPC e o Código dispõem que o juiz declarará por sentença, esse é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que realmente o poder público é herdeiro sim, ou seja, porque a sentença retroage seus efeitos *ex tunc* à data da abertura da sucessão, portanto há o fenômeno da *saisine* para o poder público. Mas esse posicionamento não é o do STJ atualmente. O do STJ defende, inclusive para questões do usucapião, que como o momento em que a propriedade passa ao poder público é o momento da sentença, ou seja, entendendo que a eficácia será *ex nunc* e, portanto, ele não é herdeiro e sim meramente sucessor obrigatório. A meu ver, o mais correto posicionamento é o do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tecnicamente falando.

Porém, o posicionamento do STJ acabará, se o recurso especial for conhecido

pela divergência, prevalecendo. Também existe aquele outro aspecto de normalmente o Defensor Público defender o usucapiente. É muito difícil ver um Defensor Público defender o proprietário ou o ex-proprietário. Sendo assim, é uma questão apenas de posicionamento. Entendo que tecnicamente é mais correta a posição de que a sentença tenha eficácia retroativa e que exista essa *saisine*. O STJ entende diferentemente e talvez seja o indício de aceitação pelo novo legislador da posição do STJ, porque não está mais constando como acontecia no 1.603, inc. 5º, da ordem de vocação hereditária o poder público. No novo Código temos na ordem de vocação hereditária: descendente, ascendente, cônjuge ou sobrevivente e colateral até o quarto grau, afastou-se, por isso é que entendo que o novo Código acaba optando pela corrente do Superior Tribunal de Justiça, embora entenda que não é mais técnica.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Se o Estado não sucede, seria coisa de ninguém nesse período, pois não é do morto. Veja bem, o herdeiro é herdeiro porque recebe, porque houve uma sucessão. Então, se não é coisa de ninguém, aí sim explica muito bem o usucapião, estou adquirindo. Mas se não há, se nesse período é coisa de ninguém, como é que houve a sucessão? Então o problema: de quem é a propriedade nesse período entre a morte e a efetiva sucessão do Estado?

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Tecnicamente, a posição que foi defendida, muitos anos, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é mais acertada, ou seja, a sentença de vacância é declaratória e retroage os seus efeitos à data da abertura da sucessão e não pode haver vácuo sucessório no direito brasileiro, porque nós adotamos o princípio da *saisine*, o Des. Cavalieri tem toda razão. Mas quanto à posição do STJ, existem acórdãos sobre isso, de que não, ou seja, de que não seriam herdeiros, para eles não haveria

*saisine* para o poder público, seria um mero sucessor obrigatório, pois não pode renunciar a herança delegada. Inclusive já houve manifestação em caso de usucapião, que pode consumá-lo depois da morte e antes da sentença que declara a herança vacante.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

No art. 1.798, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas, o que já foi colocado no momento da abertura da sucessão, e aí veio aquele questionamento todo da fecundação posterior etc. Só que o artigo 1.597 fala “presumem-se concebidos”. Então temos, no meu entender, duas situações. Temos a situação de concebido e temos uma definição legal de concebido. Concebido não será só aquele que já foi efetivamente concebido, mas também aquele que a lei presumir que é concebido. E quando estudamos Introdução à Ciência do Direito, vemos a diferença entre presunção e ficção jurídica. Presunção é uma realidade que a lei estabelece *a priori*, mas com base nas probabilidades. E que me parece que são as hipóteses dos incisos I e II. O filho nascido durante os trezentos dias etc. E ficção jurídica é a mentira jurídica, aquela situação que a lei estabelece como verdade, embora sabendo que aquilo não é verdade, nunca será verdade, mas precisa ser. Um exemplo é dizer que todos conhecem a lei, pois é publicada. Tinha um professor que dizia que quando a lei diz que o peixe é porco, fica sendo. Então não parece aos senhores que as hipóteses, principalmente do inciso IV e V, são de ficção jurídica de concepção? Quer dizer a lei estabeleceu aqui, no meu entender, uma ficção jurídica. Observem: “São também concebidos, para efeitos de lei, (ou seja, faz de contas que foram para todos os efeitos), aqueles que havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões etc. e aqueles havidos por inseminação artificial. E me parece que assim nem precisaríamos chegar a tanto de buscar um fundamento constitucional de isonomia etc. porque a lei estabeleceu

um novo conceito de concepção. É algo que coloco para reflexão.

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Des. Sergio Cavalieri, entendo que o problema não vai acontecer quando havidos por fecundação artificial homóloga ainda em vida do hereditando. O problema é essa parte final depois da vírgula (*mesmo que falecido o marido*).

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

E aí não é uma ficção jurídica? A lei quis que isso fosse considerado concepção. Quando a lei chama o peixe de porco, fica sendo. A lei disse: - isso é também concepção.

#### **Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Vamos fazer um caso concreto. Vamos supor que eu estivesse morrendo e que estou casado com alguém e que para uma resolução do Conselho de Medicina para que haja a reprodução assistida é preciso expressa autorização do marido. Homóloga ou heteróloga, esta com muito mais sentido. Aí digo que dou autorização em vida, pois estou morrendo, que você, através da reprodução assistida, conceba alguém depois da minha morte. Então retira-se o sêmen e congela. Qual seria o momento da concepção? Já faleci e nesse momento o sêmen é introduzido no útero materno ou com o embrião excedente que fica *in vitro* já congelado, só vai acontecer a concepção depois que se insere no ventre materno. Ali é que vai haver a concepção. Nesse ponto é que existe o problema. E eu já faleci, a minha sucessão já foi aberta pelo sistema da *saisine*. Depois que eu faleci, através de uma autorização que dei em vida é que foi feita a introdução do sêmen no útero materno. E aí é que surge o problema: essa criança, que nasceu depois do meu falecimento, terá direito à herança ou não?

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Mas a lei quis assim. Existem casos de presunção e outros de ficção. Faz de conta que foi concebido, assim como

todos presumem a lei, está disposto que todos conhecem a lei, contudo não é bem assim. É uma realidade jurídica que ela quis estabelecer, não é verdade hoje e não será nunca.

**Prof. Luiz Paulo Vieira de Carvalho**

Agora, mesmo se dependesse apenas da Constituição, defenderia o seguinte: se há uma presunção de que o pai é o que as núpcias demonstram. E se o marido autorizou (e terá que autorizar), essa presunção vai vingar. E o que acontece: o legislador diz: você é filho, conforme o art. 1.597, mas você não pode receber o direito sucessório. A meu ver, isso é incoerente, tanto no sistema infraconstitucional quando no sistema constitucional, mas essa polêmica foi levantada porque existem autores renomados, como, por exemplo, Silvio Venosa, Eduardo Leite, que lançou pela Forense uma obra que defende que filho pode ser, mas não vai receber herança porque a transmissão já ocorreu anteriormente, os direitos já foram adquiridos pelos herdeiros e não vai acontecer. É por isso que acho que dá para defender essa questão dentro do ponto de vista constitucional.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Vou formular uma indagação que foi feita à Prof<sup>a</sup> Cláudia: De acordo com

o art. 1.668, inc. II, o direito ao fideicomissário não se comunica antes de realizada a condição suspensiva. Mas se considerarmos que o fideicomisso esteja subordinado ao termo, haverá a comunicação, principalmente considerando o art. 131 do nosso Código?

**Prof<sup>a</sup> Cláudia Nogueira**

Entendo que quanto à questão da comunicação ou não do bem pelo cônjuge do fideicomissário, depende que ele esteja casado ao tempo da morte ou do cumprimento da condição ou do termo. Se ele estiver casado pelo regime da comunhão universal, esse bem vai comunicar. Se a época em que ele cumpre a condição ou quando ocorre o termo ele já é separado, esse bem não comunica, mesmo que fosse casado ao tempo do óbito do testador. Portanto, o importante, aqui, na análise dessa segunda transmissão não é a análise ao tempo da morte do testador, mas sim quando há o cumprimento da condição ou quando há o termo estabelecido pelo testador ou ainda quando há a morte do fiduciário. Nesse momento é que vai ser avaliado se o fideicomissário vai ou não suceder e se o cônjuge desse fideicomissário terá ou não direito à meação desse bem hereditário. ☐