

# TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO

## TRANSFER OF PROPERTY IN LAW OF SUCCESSION

“Herança é aquilo que os mortos deixam para que os vivos se matem.”  
(Oscar Wilde).

João Batista de Araujo Junior<sup>1</sup>

Mariza Salomão Vinco de Oliveira Campos<sup>2</sup>

Márcio Bulgarelli Guedes<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente trabalho estuda o exato momento da transmissão e a consequente aquisição do direito de propriedade para os sucessores em decorrência do evento morte e a consequente obrigação tributária de pagar o imposto em razão desse evento. Analisamos quem são as pessoas legitimadas a receberem o referido direito e a obrigação de pagarem o referido tributo como condição para obter o título da propriedade oriundo da transmissão ocorrida com a morte.

**Palavras-chave:** Herança; Imposto causa mortis; propriedade

### ABSTRACT

This paper studies the exact time of transmission and the consequent acquisition of property rights to the successors of the event due to death and the consequent tax liability to pay tax because of this event. We analyze who the people are legitimized to receive that right and the obligation to pay the said tax as a condition for obtaining title to the property arising from the transmission occurred with death

**Keywords:** Inheritance; Tax bane; property

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UNAERP; Especialista em Direito Civil pela UNAERP; Bacharel em Direito pela UNAERP; Professor Titular na cadeira de Direito Civil da UNAERP desde 1988.

<sup>2</sup> Mestrado em Educação Escolar pela Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara –UNESP; Professora da UNAERP.

<sup>3</sup> Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania; Professor Universitário e Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

A palavra sucessão, em seu sentido lato, significa: ato que uma pessoa assume no lugar de outra. Podemos exemplificar com o que ocorre no processo de compra e venda e na doação, em relação ao adquirente do direito.

Todavia, dentro do direito sucessório, não é empregada essa acepção, pois se aplica aqui o sentido restrito da palavra, que é a visão da transmissão, pois, em decorrência da morte, o direito de propriedade passa de uma pessoa para outra. Não se vislumbra aqui alguém ocupar o lugar de outra.

O conceito dado por Orlando Gomes, apesar de sua forma simples, demonstra com exatidão como deve ser encarado o direito sucessório, pois diz representar um conjunto de regras que regulamentam a destinação do patrimônio de alguém para depois de sua morte.<sup>4</sup>

Já Fábio Ulhoa Coelho conceitua através de outra visão, contudo, sem perder esse aspecto de transmissibilidade de direitos:

O direito das sucessões trata da transmissão do patrimônio da pessoa física em razão de sua morte. Aproxima-se, de um lado, do direito das coisas, por versar sobre a propriedade dos bens deixados; de outro, do direito de família, porque os sucessores são, normalmente, familiares do morto.<sup>5</sup>

Essa conceituação demonstra a interdisciplinaridade do Direito sucessório, pois trabalha quase de forma exclusiva com transmissão da propriedade que pertence aos direitos reais<sup>6</sup>, todavia, essa transmissão é dada para os familiares do falecido que se encontra delimitado no direito de família.

Observa-se, assim, que a preocupação dessa matéria é regular a transmissão dos direitos de propriedade para após a morte de alguém e, normalmente, para as pessoas vinculadas a ele por laços de parentesco.

Encontramos, na obra do saudoso civilista italiano Roberto Ruggiero<sup>7</sup>, importante manifestação da importância de significado do Direito sucessório:

---

<sup>4</sup> **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense.1997. p. 1

<sup>5</sup> *op.cit.*, p.228

<sup>6</sup> Direitos Reais é a moderna denominação dos direitos das coisas

<sup>7</sup> **Instituições de direito civil**. 6ª edição. Campinas: BooKseller.1999.p.605/606

A exigência por qualquer sociedade juridicamente organizada, de que com a morte de uma pessoa as suas relações jurídicas não se extinguem, mas que outras pessoas nelas entrem tomando o lugar do defunto, encontra satisfação no instituto da herança. Em qualquer lugar outro campo pode ser verdade o *mors omnia solvit*, menos no direito, onde exigências não só morais e do espírito, mas sociais, políticas e, sobretudo, econômicas, impõem que, para a segurança do crédito, para a conservação e incremento da riqueza, as relações de uma pessoa continuem mesmo depois da sua morte; que no seu patrimônio se substitua um novo titular, o qual represente como que o continuador da personalidade do defunto.

Continua o autor:

[...] que a morte não possa e não deva romper as relações de quem cessa de existir, porque a interrupção destas repercutir-se-ia com efeitos danosos sobre toda a economia geral.

Essa visão nos dá todo o alcance que o Direito sucessório tem e a relevante importância que exerce na sociedade. A morte não pode ser vista como uma forma de extinção de direito de forma absoluta, pois a propriedade tem como características a perpetuidade e a forma de verificar sua eficácia por meio do direito sucessório, porque esses Direitos são transmitidos às pessoas elencadas na lei ou pela vontade do próprio autor da herança.

Assim, a herança é a transformação do patrimônio que a pessoa tinha em vida e passa a ter essa denominação agora, após a sua morte.

## 2 ABERTURA DA SUCESSÃO

A morte natural da pessoa é o que declara aberta uma sucessão, destacando-se na doutrina como sendo o fato jurídico essencial. Assim, não existe herança de pessoa viva, regra essa existente desde o Direito romano, que se expressava através da máxima *viventes non datur hereditas*.<sup>8</sup>

Com a morte natural, surge a declaração médica do óbito, que será levada a registro no Cartório de Pessoas Naturais para gerar a expedição da certidão de óbito, informação que o Estado dá de que alguém faleceu.

---

<sup>8</sup> WALD. Arnaldo. **Direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva 2002, p.10.

Nessa certidão, constará, entre outros dados, se o falecido deixou bens para inventariar, se deixou herdeiros e se deixou testamento.

Desde o Direito romano até os dias atuais, a concepção era que, falecendo uma pessoa, seu patrimônio ou a sua herança, eram transmitidos aos herdeiros daquela pessoa, por meio de dois processos: Transmissão pela lei e transmissão pela vontade do morto<sup>9</sup>.

De conformidade com a nossa legislação, notadamente a lei de introdução ao Código Civil, deverá a sucessão sempre obedecer à lei do país em que era domiciliado o falecido, não tendo como referencial o domicílio dos herdeiros ou a localização dos bens a serem inventariados.

Prevê assim, o artigo 10 da lei de introdução:

A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§1º A sucessão de bens de estrangeiros. Situados no país, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*

§2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.<sup>10</sup>

A ausência da pessoa causa a morte presumida, que não permite considerar aberta a sucessão em razão da não ocorrência da morte natural. Assim, as regras sucessórias são ditadas por procedimento da parte geral do Código Civil (Ausência).

Desta forma, fica fora do Direito sucessório a morte presumida, pois representa aqui a sucessão de uma pessoa que pode estar viva ainda. Possui regras diferenciadas, pois o interessado comunica o fato ao judiciário, pedindo inicialmente uma curadoria dos bens do ausente, para depois reivindicar a abertura de uma sucessão provisória que, após 10 anos, é transformada em sucessão definitiva<sup>11</sup>.

Observa-se, portanto, que o domicílio é a palavra chave da fixação da competência das regras sucessórias, cujo conceito é dado pelo próprio Direito Civil, que é o determinado pelo principal estabelecimento do falecido ou onde residia de forma habitual.

---

<sup>9</sup> CRETELLA JUNIOR. José . **Direito Romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 282

<sup>10</sup> BRASIL, Decreto –lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942 ( LICC)

<sup>11</sup> BRASIL, Vade Mecum. Código Civil: São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2013. Art. 38

Assim, reiterando, a sucessão está aberta pela morte natural da pessoa, demonstrada com a expedição pelo Estado da certidão de óbito que informará a existência de bens e de herdeiros.

Dessa forma, duas espécies de sucessão passam a existir: uma cujas regras são ditadas pela lei e outra cujas regras são ditadas pelo autor da sucessão por meio da manifestação de sua última vontade (Testamento).

Na sucessão legítima, não existe a intervenção do falecido, pois a capacidade hereditária é dada segundo a disposição legal. Recebe também a denominação de sucessão *ab intestato* e é originária do Direito germânico, em que não havia a visão da possibilidade do autor da herança fazer a disposição de seu patrimônio após sua morte.

Referida modalidade de sucessão repousa na idéia de uma presunção de vontade do morto, pois não irá fazer um testamento deixando para as pessoas que, de forma automática, a lei já outorga essa capacidade de recebimento.

Por sua vez, a sucessão testamentária ocorre quando o autor da herança, por meio de um testamento, faz a destinação de seus bens para depois da sua morte.

Teve importância enorme do Direito romano, de onde é originário e representava o ato de maior responsabilidade na vida civil, sendo raro alguém falecer sem deixar o seu testamento<sup>12</sup>.

A vontade do testador é soberana, uma vez que fica restrita às disposições legais de matéria sucessória, posto que, não atendidas, pode acarretar ao testamento sua invalidade.

Destacamos, entre elas, a necessidade do testador ter que preservar a metade de seu patrimônio para os chamados herdeiros necessários, que são os seus descendentes, ascendentes e o seu cônjuge. Aplica-se aqui o chamado princípio da liberdade limitada para testar, pois a lei vem restringir o conteúdo de disposição toda vez que o testador tenha esse tipo de herdeiro legítimo.

Em contrapartida, inexistindo esse tipo de herdeiro, impera para o testador o princípio da liberdade absoluta para testar, podendo assim o testamento versar sobre a totalidade do patrimônio, inclusive, excluindo herdeiros do recebimento de sua herança, como ocorre em relação aos herdeiros colaterais, que poderão ficar privados da sucessão, bastando para tanto que o testador contemple, em seu testamento, outras pessoas para o recebimento. Isso se deve ao fato deles não serem herdeiros necessários e não receberem da lei o benefício de obrigatoriamente receber a herança.

---

<sup>12</sup> CRETELLA JUNIOR. José. *op. cit.*, P. 292

O testador deverá também atender às solenidades que exigem cada tipo de cédula testamentária, sob pena de eivar de vícios a sua forma de sucessão eleita, como, por exemplo: escolhendo o forma do testamento cerrado, ele deve, obrigatoriamente, ser fechado com lacre de cera e costurado pelo tabelião e, posteriormente, somente pode ser aberto pelo Juiz de Direito.

Se escolhida a forma pública, obriga-se o testador a falar o seu testamento ao tabelião, pois o requisito formal dessa cédula é a manifestação oral.

É vedado ao testador criar uma forma diferente das contempladas em lei que, atualmente, contempla seis modalidades: público, cerrado, particular, marítimo, aeronáutico e o militar.

Observa-se que a solenidade é a essência do ato testamentário, justificando sua existência o fato de seus efeitos serem reproduzidos após a morte de seu elaborador. Essas exigências garantem serem do próprio testador a validade e a certeza do conteúdo de vontade nele inseridas.

O testamento e o casamento representam os atos mais solenes de nosso Direito. Apesar da visão geral de que o testamento versa sempre sobre um conteúdo patrimonial, o mesmo pode se efetivar com conteúdos não patrimonializados como, por exemplo, o reconhecimento de paternidade. Pode existir um testamento apenas com o fim de reconhecer a paternidade de alguém sem ter disposição patrimonial, pois devemos entender sempre que estamos diante de uma manifestação de última vontade.

A sucessão será aberta no último domicílio do morto (art. 1785 do Código Civil), não fazendo diferença o local em que ocorreu o óbito ou domicílio dos herdeiros ou até mesmo a situação dos bens a serem inventariados. Aplicam-se, em caráter excepcional, outras regras de competência: Se não possuía domicílio certo, o foro será da situação dos bens, fixando assim a competência; se por outro lado, não possuía também domicílio certo e com bens em lugares diferentes, será o local dos óbito.

Desta forma, fica estabelecido o foro competente para a abertura do processo de inventário, bem como a fixação do juízo universal em que devem ser propostas todas as ações referentes à herança (exemplos: ação de investigação de paternidade, ações de cobrança, ação de petição de herança, ação de nulidade de testamento, ação de cobrança de devedores do morto, etc.).

### 3 MOMENTO DA TRANSMISSÃO E A CAPACIDADE PARA SUCEDER

A transmissão da herança ocorre e coincide com a morte do autor da herança. O Direito pátrio adotou, como falamos anteriormente, o princípio da *saisine*<sup>13</sup>, criando, assim, uma transmissão automática dos direitos hereditários aos beneficiários, de forma *ipso jure*, não deixando ocasionar, desta forma, um intervalo entre a morte e o efetivo exercício do direito pelo herdeiro<sup>14</sup>, ou seja, uma herança sem titular.

Nosso código utiliza a expressão “desde logo” em seu artigo 1.784 para designar essa transmissão automática da herança. Mas essa transmissão *ipso jure* não é definitiva, mas possui um caráter provisório, tendo em vista que se exige do herdeiro a sua manifestação de vontade em relação a essa transmissão ocorrida a seu favor.

Desta forma, essa é a razão de dizer que é a morte que dá posse ao vivo, por isso a máxima *le mort saisit le vif*.

Com essa transmissão, ocorre a obrigatoriedade dos herdeiros recolherem aos cofres públicos o denominado Imposto Causa Mortis, em razão da transferência da propriedade do morto para os sucessores. A sentença judicial no processo de inventário somente é prolatada com a com provação do referido recolhimento.

Já se questionou se a vinculação do julgamento, como determina o artigo 1026 do Código de Processo Civil, ao recolhimento de tributos violaria garantias constitucionais (artigos 5, XXX e XXXV, e 6 da Carta Magna), caracterizando essa exigência como inconstitucional.

A razão de não ser incorreta essa exigência tributária repousa no fato da transferência da propriedade já ter ocorrido, sendo essa transferência tributada. Desta forma, o Judiciário tem como dever verificar esse recolhimento para permitir a realização do ato registral, que irá ocorrer com a expedição do formal de partilha, quando se tratar de bens imóveis.

A esse respeito já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Reproduzimos abaixo parte do relatório do Des Alexandre Germano:

---

<sup>13</sup> O vocábulo *saisine* do francês, numa tradução vulgar, significa “posse de bens”, vem do verbo *saisir*, que dentre os seus vários sentidos tem o de apoderar-se (de um bem).RT 802/74

<sup>14</sup> Orlando Gomes denomina esse evento de “ficção legal da transmissão”. *op.cit.*, p. 19

Igualmente não se verifica ofensa às garantias constitucionais de herdar e de ter acesso à Justiça, pois o domínio e a posse da herança já passaram ao patrimônio do agravante, desde o falecimento de sua esposa, restando-lhe apenas quitar o imposto para a regularização documental do bem, e porque nenhuma ameaça ou lesão a direito houve ou foi excluída da apreciação do Poder Judiciário.... Tais direitos e garantias, aliás, podem sofrer condicionamentos e restrições, que não lhes fulmine ou lhes prejudique a essência, porquanto não são absolutos e sim relativos, devendo, portanto, ser compatibilizados com outros valores também protegidos constitucionalmente, como o poder de tributar.<sup>15</sup>

Desta forma, o fato gerador para o pagamento do referido Tributo é a morte e, caso o processo de inventário não for aberto no prazo de 30 dias, serão acrescidos a esse tributo uma multa e juros. Como a competência tributária é Estadual, no Estado de São Paulo temos as Leis 10705/2000, 10.992/2011 e o Decreto lei 46.655/2002 que regulamentam a matéria. Todo esse recolhimento é feito via eletrônica no site da Fazenda Estadual.<sup>16</sup>

Podemos simplificar nos seguintes moldes: se judicial, aberto o inventário entre 60 a 180 dias do óbito, multa de 10%; se aberto em 181 dias ou mais, multa de 20%; se extrajudicial, a multa só é paga após 180 dias do óbito, porém, até 90 dias, será concedido um desconto de 5% sobre o valor original do imposto. A partir de 181 dias, juros de mora de 1% ao mês mais uma multa de 0,33% ao dia de atraso, com o máximo de penalidade em 20%.

Assim, podemos dizer que o imposto é devido assim que ocorreu a morte, pois é o momento da transmissão. O momento de manifestação de aceitar a transmissão recebe a denominação de delação. Assim, o beneficiário ou beneficiária de uma sucessão deverá manifestar sua vontade, ou seja, dizendo que aceita ou renuncia ao direito hereditário a ele transmitido.

Dessa forma, quando se fala de abertura da sucessão, deve-se entender o momento da morte e de ocorrência da transmissão hereditária e incontinenti e *ex vi legis* para os herdeiros. Já a delação significa a manifestação de vontade desse herdeiro sobre esse direito transmitido, sendo a morte a presunção e a causa de existir a manifestação da vontade. Desta forma, não é possível, repetimos, coincidir a transmissão com a manifestação de vontade.

---

<sup>15</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 206.116-4/6-00, 1ª Câmara de Direito Privado, Rei. Des. Alexandre Germano, j. em 7.08.2002. Disponível <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg>. Acesso em 12.12.2013.

<sup>16</sup> BRASIL, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Disponível em [www60.fazenda.sp.gov.br/wps/portal](http://www60.fazenda.sp.gov.br/wps/portal). Acesso em 12.12.2013

Fica claro que, quando o sucessor manifesta a sua vontade, ele já é herdeiro. Desta forma, como conciliar a expressão aceitação quando a pessoa já tem o direito? É forçoso concluir que, por exemplo, ninguém aceita um convite para jantar após a ocorrência do mesmo.

Nosso legislador, inovando no código de 2002, trouxe o efeito da temporariedade da transmissão ao regular no artigo 1804 que:

Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.  
Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

O direito ou as obrigações do falecido já pertencem ao herdeiro desde a morte do autor da herança, todavia, será com a realização desse negócio jurídico unilateral que ele obterá de forma definitiva a sua qualidade de herdeiro.

Referida situação, no direito romano, tinha igual regulamentação, pois, com a morte, a sucessão estava aberta (*delata*) e integrava no patrimônio do sucessor (*acquisitio*) somente quando ele fazia a aceitação.<sup>17</sup>

Assim, em decorrência da aplicação do princípio da *saisine*, que é de origem francesa e surgiu na idade média, acarreta entender que os sucessores entram na posse e adquirem a propriedade de todos os bens que compõem a herança no momento da abertura da sucessão<sup>18</sup>, podendo, inclusive, tomar as medidas protetivas em relação aos referidos bens transmitidos como, por exemplo, ajuizar ações possessórias para defender seus direitos em relação aos bens que compõem a herança.

Essa manifestação de vontade retroagirá ao tempo da abertura, possuindo efeito *ex tunc*, pouco importando a data da ocorrência da delação pelo sucessor que, de repente, pode ocorrer muito tempo após a abertura da sucessão.

Sistema como o que ocorre na Argentina, em que não se aplica o *droit de saisine*, torna-se necessário ao sucessor requerer ao Juiz de direito a posse da herança e a declaração de sua condição de herdeiro, pois lá não se opera *ipso jure* a transmissão hereditária.

Essa transmissão da herança ocorre na visão de um todo unitário, pouco importando a existência de vários herdeiros e recebe, também, a característica da indivisibilidade, que perdura até a ocorrência da partilha. Incluem-se aqui todos os bens que o

---

<sup>17</sup> VIANA. Marco Aurélio Silva. **Curso de direito civil**: Vol 6, Belo Horizonte: Del Rey. 1994. p. 8

<sup>18</sup> DOWER. Nelson Godoy Bassil. **Direito das sucessões**. São Paulo: Nelpa. 2004.p. 18

falecido tinha em vida (móveis, imóveis, direitos, ações e obrigações), excluindo apenas os direitos da personalidade, que se extinguem juntamente com o falecimento (exemplo as obrigações alimentares e o usufruto).

Em razão dessa indivisibilidade, apesar do herdeiro ser titular do direito de propriedade e da posse, antes da ocorrência da partilha, pode apenas alienar sua quota hereditária.

Uma vez aberta a sucessão, o sucessor precisa possuir a chamada capacidade sucessória, que é auferida na abertura. Segundo nosso código, julga-se capaz para suceder toda pessoa que esteja viva ou ao menos concebida no momento da morte. Isso é o que se extrai da leitura do artigo 1798 do Código Civil.

O nascituro (*conceptus*), apesar de não possuir personalidade, pois ela só ocorre com o nascimento com vida, possui *status* de titular de direitos e de obrigações, é o que verificamos pela leitura do artigo 2º do Código Civil. Entre esses direitos, encontramos o sucessório.

Para o direito sucessório, o nascituro será tido como nascido, justificando a máxima *nasciturus pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur*<sup>19</sup>

Estão excluídas dessa vocação hereditária os animais e as entidades religiosas como, por exemplo, os santos. Exceção existe quando se coloca de forma indireta contemplar um gato, por exemplo, para receber os cuidados de um herdeiro específico, existindo assim uma condição para que esse herdeiro receba herança. O mesmo se diz quando se deixa para um santo, entender-se-á, deixado à igreja.

Caberá ao Juiz, nos termos do art. 1899, interpretar de forma que melhor atenda a vontade do testador, mesmo que tenha que se socorrer de documentos ou cotexto fora do testamento (art. 1903).

Pessoas não concebidas até o momento da morte não possuem capacidade sucessória e daí, portanto, não podem suceder. Exceção feita quando é dado um benefício hereditário a alguém que não exista, via testamento. Nessa condição, é necessário que o pai/mãe dessa pessoa exista no momento da abertura da sucessão e seja o mesmo concebido em dois anos, contados da abertura. Da abertura até o nascimento, essa situação determinará a criação de um curador, que recebe a denominação de curador ao ventre (*curator ventris*)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> SPALDING Tassilo Orpheu . **Pequeno dicionário jurídico de citações latinas**. São Paulo: Saraiva 1971.p. 82

<sup>20</sup> Art. 1799. Na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder:

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

Essa situação não é a mesma a que se refere o artigo 1798, pois aqui é a pessoa ainda não concebida o chamado *nondum conceptus*

Nascendo o feto morto, não verificará esse direito, pois será considerado como se nunca estivesse existido. Nesse caso, devolve o benefício aos sucessores legítimos. Por sua vez, nascendo com vida, ocorrerá a retroatividade do direito à abertura da sucessão, tendo em vista a redação do artigo 1798 interpretando assim a existência do efeito *ex tunc* do evento nascimento à data da abertura da sucessão, pois receberá todos os frutos que a herança produziu desde a morte (vide art. 1800§ 3º).

Detrai-se da leitura a legislação em vigor que, a regra geral para suceder, ou seja, ter uma legitimação para receber herança é estar vivo na hora da abertura da sucessão e a exceção é estar concebido na hora da morte do autor da herança.

A regra não deixa dúvidas que o nosso legislador fixou como regra a necessidade de estar vivo o concebido na hora da morte para, assim, podermos falar em uma vocação hereditária.

A capacidade para receber por testamento, dada pelo artigo 1799, inciso I, limita-se ao filho da pessoa indicada no testamento. Dessa forma, o chamado *concepturus* tem que ser filho da pessoa indicada na cédula, em detrimento da forma genérica usada pelo código civil revogado (artigo 1718) que trazia a expressão *prole eventual*, em que, então, contemplava-se toda a descendência da pessoa indicada no testamento.

Na legislação portuguesa, encontramos idêntico posicionamento:

Artigo 2033º - Princípios gerais

1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei
2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade:
  - a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão<sup>21</sup>

---

Art. 1800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. § 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimento relativos à deixo, a partir da morte do testador.

<sup>21</sup> Português. Código Civil GC-Gráfica de Coimbra: Coimbra 1996

Encontramos, na legislação italiana, regra não diferente da nossa, pois estabelece quase que a mesma redação do nosso artigo 1798 e 1799, apenas atendendo as peculiaridades daquela legislação:

Art. 462 Capacità delle persone fisiche.- Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione.

Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta.

Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti<sup>22</sup>

Em relação à regra estatuída acima da capacidade para os não concebidos, no direito italiano, o civilista italiano Luigi Ferri esclarece, em sua obra:

Si tratta di una <<capacità>> di succedere limitata al campo delle successioni testamentarie, a differenza di quanto avviene nel caso del nascituro conceptio, che succede anche per legge<sup>23</sup>

Assim, para que a pessoa possa receber uma herança, tem que possuir uma vocação hereditária delimitada nos moldes acima explicitados.

No Brasil, vigorou, em legislação anterior ao código civil de 1916, por força de legislação portuguesa (Ordenações Filipinas), a seguinte ordem de vocação: descendentes, ascendentes, colaterais até o 10 ° grau e o cônjuge sobrevivente. Na falta dessas pessoas, passaria para o poder público a herança. Todavia, em 1907, através da lei 1.839 (Lei Feliciano Pena), alterou-se essa ordem colocando agora a vocação para os descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais até o sexto.<sup>24</sup>

Quando entra em vigor o código civil de 1916, mantém-se essa ordem hierárquica criada pela lei Feliciano Pena. O código civil em vigor manteve referida ordem apenas diminuindo o grau de vocação para os colaterais até o quarto grau.

---

<sup>22</sup> Tradução-livre: Capacidade das pessoas Físicas.- São capazes de suceder todos aqueles que nasceram ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão. Salvo prova em contrária, presume concebido ao tempo da abertura da sucessão quem nasceu nos trezentos dias da morte da pessoa da qual se trata a sucessão. Podem, além disso, receber por testamento o filho de uma determinada pessoa que esteja viva ao tempo da morte do testador. Apesar de que ainda não concebida.

<sup>23</sup> **Disposizioni generali sulle successioni.** Terza edizione. Bologna: Zanichelli Editore. 1997.p.159. Tradução livre: Trata-se de uma capacidade de suceder limitada ao campo da sucessão testamentária, à diferença de quando ocorre no caso do nascituro concebido, que sucede também pela lei

<sup>24</sup> WALD. Arnoldo, *op.cit.*, p. 50/51

Inovou também o vigente código ao introduzir o cônjuge sobrevivente (supérstite) como herdeiro necessário, ou seja, não poderá ser excluído da sucessão, pois a ele também agora lhe cabe metade do patrimônio do autor da herança.

Dessa maneira, a vocação hereditária dos herdeiros legítimos possui uma hierarquia de chamamento. Uma classe prefere a outra, ou seja, falecendo alguém, atribui-se a vocação primeiro para os descendentes do morto, não existindo-os, atribui-se aos ascendentes do morto. Inexistindo também representante aqui, convoca-se o cônjuge sobrevivente. E, finalmente, não existindo também, convocam-se os colaterais até o quarto grau de parentesco em relação ao morto.

Observa-se que essas classes estão estabelecidas em razão da vinculação com o morto pelo *jus familiae*, *jus sanguinis*, *jus conjugii* e no *jus imperii*<sup>25</sup>

No escólio da civilista Giselda Fernandes Novaes Hironaka(2004), a justificativa da hierarquia nesses moldes encontra repouso na afirmativa de que o “*amor primum descendit, deinde ascendite*”<sup>26</sup>.

O amor da pessoa é maior para as pessoas que são geradas por ela, além de representarem uma energia mais nova encontrada nas gerações por ele geradas do que naquele que a gerou.

Verificada qual a classe tem representantes com vocação, buscará, agora, a segunda etapa da hierarquia que trabalha com os graus de parentesco. É o parentesco que estabelece os graus, que significa o número de gerações que separam dois parentes.

Assim, aqui, o parente mais próximo do morto afasta o mais remoto. Quando o homem falece e deixa descendentes, eles afastam os ascendentes, o cônjuge e os colaterais, pois a vocação aqui foi delimitada em cima da classe.

#### 4 CONCLUSÃO

Desta forma, a aquisição do Direito de Propriedade surge com o evento morte, independentemente de qualquer outra formalidade que possa existir na legislação, ou seja, sem a ocorrência do registro, se for bem imóvel ou da tradição, se for móvel.

---

<sup>25</sup> RUGGIERO, Roberto . Op.cit. p. 725/726

<sup>26</sup> **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte : Del rey. 2004. p. 90

Essa transmissão é tributada, e a titularidade legislativa sobre essa matéria tributária é o Estado. O imposto é devido com a transmissão, assim, desde a morte, o recolhimento do imposto é devido pelo sucessor, seja ele legítimo ou testamentário.

O não pagamento do tributo no prazo correto sujeita o proprietário ao pagamento de multa incidente sobre o valor do imposto *causa mortis* a pagar.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Vade Mecum. Código Civil: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

BRASIL, Decreto –lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, (Redação dada ao título pela Lei nº 12.376, de 2010)

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 206.116-4/6-00, 1ª Câmara de Direito Privado, Rei. Des. Alexandre Germano, j. em 7.08.2002. Disponível <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg>. Acesso em 12.12.2013

BRASIL, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Disponível em [www60.fazenda.sp.gov.br/wps/portal](http://www60.fazenda.sp.gov.br/wps/portal). Acesso em 12.12.2013

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: vol 5. São Paulo: Editora Saraiva. 2014

CRETELLA JUNIOR. José . **Direito Romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense.

DOWER. Nelson Godoy Bassil . **Direito das sucessões**. São Paulo: Nelpa. 2004.p. 18

GISELDA, Fernandes Novaes Hironaka, **Direito das sucessões e o novo código civil**: Belo Horizonte: Del rey. 2004.

GOMES, Orlando. **Sucessões**: Rio de janeiro: Editora Forense.1997

LUIGI, Ferri. **Disposizioni generali sulle successioni**: Terza edizione. Bologna: Zanichelli Editore. 1997

PORTUGAL. Código Civil. GC-Gráfica de Coimbra: Coimbra 1996

REVISTA DOS TRIBUNAIS: São Paulo: n 802, p 74, ago, 2002

RUGGIERO, Roberto:<sup>1</sup> **Instituições de direito civil**: 6ª edição. Campinas: BooKseller.1999

SPALDING Tassilo Orpheu . **Pequeno dicionário jurídico de citações latinas**. São Paulo: Saraiva 1971

VIANA, Marco Aurélio Silva. **Curso de direito civil**: Vol 6, Belo Horizonte: Del Rey . 1994

WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**: São Paulo: Saraiva 2002