



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO**

**UMA VISÃO JURÍDICA ACERCA DO HERDEIRO PRÉ-MORTO NO DIREITO
DAS SUCESSÕES: uma crítica a exegese do art. 1852 do Código Civil**

**Cleber Azevedo Santos
Wladimir Correa e Silva**

Aracaju

2015

CLEBER AZEVEDO SANTOS

**UMA VISÃO JURÍDICA ACERCA DO HERDEIRO PRÉ-MORTO NO DIREITO
DAS SUCESSÕES: uma crítica a exegese do art. 1852 do Código Civil**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da Universidade
Tiradentes – Unit, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

UMA VISÃO JURÍDICA ACERCA DO HERDEIRO PRÉ-MORTO NO DIREITO DAS SUCESSÕES: uma crítica a exegese do art. 1852 do Código Civil

Cleber Azevedo Santos¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal discutir a proibição do ascendente em representar o descendente no direito das sucessões e a sua relativização, tendo em vista a falta de fundamentação legal que legitime essa disposição. Nesse prumo, será demonstrado que o direito das sucessões tem suas raízes extraídas da Roma antiga, onde a propriedade deveria ser perpetuada dentro da própria família, inobstante tenha havido importantes modificações na codificação pátria e nesse aspecto a Lei silenciou. Todavia, deverá a norma legal, atuar totalmente pautada nos fins sociais a que se destina o direito, sendo totalmente válida, a partir de determinadas possibilidades do ascendente representar o descendente no direito das sucessões, observando determinadas situações.

Palavras-Chave: Família. Representação. Sucessões.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo, o seguinte problema: Falecendo o herdeiro de pais separados, antes da aceitação da herança, poderia este ser representado por sua genitora ou genitor?

Com isso a presente abordagem visa demonstrar que a proibição expressa de que o ascendente nunca representará o descendente não deve ser absoluta, haja vista as possibilidades recorrentes, onde a lei não garante o alcance desse direito social.

Nesse âmbito tem-se como objetivo geral discutir a proibição legal do ascendente nunca poder representar o descendente e sua relativização e como objetivos específicos amparar o direito de herança daquele que nasceu com vida (garantia de um direito reservado) e que não possui descendentes, bem como demonstrar que o direito das sucessões é pautado na continuação do patrimônio no seio familiar, tendo em vista a sua íntima relação com o direito de família e o direito de propriedade.

Para alcançar o objetivo do presente trabalho, foi adotado o método de abordagem dialética, tendo em vista haver previsão expressa no Código Civil (CC) vigente, inadmitindo esse tipo de sucessão, além dos métodos auxiliares, histórico (onde haverá uma breve

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. Email: cleberazevedo@hotmail.com

contextualização sobre o direito das sucessões) e o comparativo (por utilizar o método de abordagem dialético, que será analisado a partir de uma comparação com o direito das sucessões na Roma Antiga).

No tocante ao método de abordagem quanto ao objetivo fora escolhido o qualitativo (análise da letra da lei), tudo isso com base na Constituição Federal (CF) e em obras doutrinárias.

Por fim, a escolha do presente tema surgiu a partir da ocorrência de um caso concreto, em que um filho faleceu antes de seu pai e após a sua morte, a cota parte da herança que lhe cabia se vivo fosse, está sendo destinada para um irmão filho de seu pai com outra mulher. Cuida-se da herança deixada por Manoel Jeová de Andrade, falecido em 10/11/2014 e Wallterdan Oliveira de Andrade, seu filho falecido ao dia 07 de julho de 2009.

Desta forma surgiu a dúvida e a necessidade de tentar demonstrar que a genitora do falecido herdeiro (filho), deveria lhe representar em seus direitos sucessórios, inobstante a lei contenha disposição em contrário.

Portanto a grande relevância jurídica a ser demonstrada no decorrer do artigo, está pautada nos fins sociais que a lei resguarda, haja vista a não previsão de todos os fatos que acontecem no mundo jurídico. Assim sendo, as lacunas devem ser preenchidas.

A sua grande contribuição para o mundo científico é demonstrada através da busca de novos conhecimentos que não se restringem a letra da lei e sempre pautado em experiências práticas.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES

O direito das sucessões é um dos mais antigos institutos do ordenamento jurídico. Intimamente ligado à religião, sempre desenvolveu uma importante ligação familiar, pois em épocas remotas já existiam um forte liame entre a religião e a família, voltadas para o direito de herança.

Seu surgimento ocorreu mesmo antes do nascimento de cristo, através de diversas codificações e civilizações da idade antiga, entre elas a Lei Mosaica, 1.220 A.C, Código de Hamurabi, Código de Manu, Grécia Antiga em Roma e na Índia, já estabeleciam o direito dos descendentes de herdarem os bens deixados pelo “*pater familiae*”, expressão utilizada para designar o chefe da família sempre na figura do homem.

Outro marco histórico para o direito sucessório diz respeito à época do rei João Sem Terra, reinando na Inglaterra de 1199 até o dia da sua morte. João Sem Terra foi um dos

criadores da Magna Carta da Inglaterra em 1215, e era assim conhecido pois previa algumas regras para aqueles que laborassem nas terras do seu reino. Assim, aqueles trabalhassem nas terras do rei e viesse a falecer não deixando herdeiros, aquele tomava para si todas as terras, tendo em vista que estas somente continuavam em posse da família do falecido, caso deixasse descendentes.

Na Roma antiga, assim como na Grécia antiga, os bens deixados pelo falecido eram herdados por seu primogênito, ou seja, pelo filho do sexo masculino tendo em vista que a cultura daquela época tinha como predominância a figura do homem que mantinha e protegia sua família, sendo-lhe entregue a herança do seu pai para que desse continuidade a esses bens no seio familiar e nesse sentido as filhas do falecido ficavam de fora na sua sucessão tendo em vista que ao casar-se adquiria o patrimônio do marido. (GONÇALVES, 2015, p. 21)

Com o passar do tempo, diversos acontecimentos revolucionaram a história da humanidade, surgindo também importantes modificações no instituto do direito das sucessões, onde os bens deixados pelo “*pater familias*” começou a ser dividido por classes, principalmente a partir da revolução francesa e da revolução industrial ocorridas a partir do século XVII, pois ambas foram criadas a partir do iluminismo, em que a sociedade começou a ter uma visão ampla dos problemas que o circundavam. (GONÇALVES, 2015, p. 22)

Nesse contexto, iniciou-se uma nova era em que o capitalismo era predominante e a luta pelos direitos dos trabalhadores começou a se difundir. No que toca o direito sucessório, este começou a acompanhar as mudanças da sociedade, onde a herança passou a ser dividida por classes e através do parentesco, entre as quais seriam beneficiados os descendentes, ascendentes, o cônjuge e os irmãos.

Um dos principais princípios do direito das sucessões, “o princípio da *saisine*”, surgiu na França no século XII, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.22) “na França, desde o século XII fixou-se o *droit de saisine*, instituição de origem germânica, pelo qual a propriedade e a posse da herança, passam aos herdeiros com a morte do hereditando – *le mort saisit le vif*. (...)”.

Com suas origens na França e sendo esse país modelo de várias revoluções industriais, este princípio passou a ser aplicado em diversos ordenamentos, como o Código Civil alemão (BURGERLICHES GESETZBUCH – BGB) e no Código Civil Português, sendo introduzido pelo Alvará de 9 de novembro de 1954.

O direito das sucessões no ordenamento jurídico brasileiro, foi totalmente inspirado no direito Francês, que conseqüentemente teve suas bases fincadas a partir do antigo direito romano. Nesse sentido temos a precisa lição de Carlos Roberto Gonçalves:

A influência da codificação francesa do início do século XIX fez-se sentir, com efeito, em nossa legislação, mesmo antes do diploma de 1916. A legislação pré-codificada previa linha de vocação hereditária formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, e só posteriormente o cônjuge supérstite e, por fim, o fisco. A lei 1.839, de 1907, inverteu a posição do cônjuge sobrevivente com os colaterais, limitando o direito destes ao 6º grau – limite mantido no código de 1916. Em razão de alteração posterior, determinada pelo Decreto – Lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946, reduziu-se a vocação dos colaterais ao 4º grau, limite mantido no código civil de 2002 (art. 1829, IV, c/c o art. 1.839). (2015, p. 23-24)

Desta forma, diversas alterações foram introduzidas no Código Civil Brasileiro, observando o ordenamento da Magna Carta (1988), que passou a garantir expressamente como direito fundamental o direito de herança em seu art. 5º, XXX, e assegurou a paridade de direitos entre o cônjuge (a) e o companheiro (a), em seu art. 227, §6º.

Ademais, embora tenha sofrido importantes modificações com a finalidade de resguardar o propósito do instituto, há de se ressaltar que suas raízes estão intrinsecamente ligadas ao Direito Romano em que a finalidade da herança é continuar no patrimônio da família do falecido, mesmo com a feliz evolução de distribuir os bens entre todos os descendentes e não só entre aqueles do sexo masculino.

No que toca ao direito de representação, este também tem suas origens no Direito Romano, tendo em vista que sua finalidade era amparar os filhos pela morte prematura dos pais.

3 O DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E O SEU SIGNIFICADO

O direito de representação ocorre quando um dos herdeiros falece antes do autor da herança, o chamado herdeiro pré-morto, pode ser representado por seus descendentes na cota parte que cabia ao herdeiro se vivo fosse, a chamada herança por estirpe segundo preconiza art. 1.851 do CC.

O instituto da representação no direito sucessório, não é um mero benefício concedido pelo legislador aos herdeiros para que não ficassem desamparados por conta da morte do titular do patrimônio, mas sim algo justo que surgiu com o intuito de resguardar o direito daquele que faleceu antes de aceitar ou renunciar determinada herança.

Na atual Codificação Civil, quando algum herdeiro falece antes da abertura da sucessão, é permitido que este seja representado por seus descendentes se houver e também por colaterais.

Um dos requisitos para que a representação seja considerada válida, é que o herdeiro faleça antes de declarada aberta a sucessão.

No mais essa regra será excepcionada quando o herdeiro for considerado indigno e neste caso poderá ser representado mesmo vivo, entretanto não poderá ser impedido de representar em outra herança. Vale salientar que além dessas regras, a representação só poderá ocorrer na sucessão legítima e não na testamentária, haja vista que nesta o autor da herança já dispõe para quem irá os seus legados.

Nesse sentido Flávio Tartuce e José Fernando Simão, ensinam que:

A representação é própria da sucessão legítima e não se aplica à sucessão testamentária. Isso porque também decorre da presunção de afetividade do falecido com relação a determinados parentes. Em suma, imagina a lei que se um testamento fosse elaborado, tais parentes seriam beneficiados. (2012, p.126)

O Código Civil em seu art. 1.852, dispõe que “o direito de representação dar-se-á, unicamente na linha reta descendente e nunca na ascendente”. O legislador sem nenhuma justificativa plausível, excluiu os ascendentes do direito de representação.

A largos passos, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem realizado importantes modificações nas relações sociais. Como exemplo podemos citar o reconhecimento da União Estável, recentemente declarada pelo Supremo Tribunal Federal e estabelecida no art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Outro exemplo não muito distante é lembrado no que diz respeito ao reconhecimento do casamento entre homossexuais, em que o STF (Supremo Tribunal Federal) mesmo não havendo norma regulamentadora de tal situação, admitiu tal possibilidade utilizando de diversos princípios constitucionais e a partir das modificações ocorridas na sociedade.

Ademais, embora a lei seja criada para atender os anseios da sociedade em determinada época, algumas alterações merecem ser realizadas, pois a lei, sempre deve buscar os fins sociais a que é destinada. Partindo de uma interpretação conforme a constituição e da utilização de diversos princípios basilares de todo o sistema, fica inconcebível a partir de determinados fatos, que o ascendente nunca represente o descendente, mais precisamente quando este for solteiro e pré-morto.

A doutrina em sua maioria exclui o ascendente desse instituto, com a justificativa de que este somente poderá suceder por direito próprio, sem mais delongas. Nessa linha de raciocínio, encontram-se Flávio Tartuce e José Fernando Simão, onde para eles:

(...) Também com base na atual Codificação Privada, não caberá a sucessão por representação, mas sim por direito próprio, sendo a partilha por cabeça, nos seguintes casos:

- Na linha ascendente. Na linha ascendente nunca ocorre o direito de representação por opção legislativa (art. 1852 do CC). (2012, p.129).

Outrora, se o ascendente foi contemplado na ordem de vocação hereditária, podendo inclusive concorrer com outros colaterais, alguns questionamentos surgem sobre a proibição expressa de não poder representar os descendentes no direito das sucessões.

A lei estende os efeitos do direito de representação aos colaterais, haja vista que o art. 1.853 do CC (2002), preconiza que:

Art. 1.853 - Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem.

Se os efeitos da lei foram estendidos aos colaterais, mesmo que haja a necessidade de estarem concorrendo com irmãos do falecido, poderá surgir o seguinte questionamento:

Caso o herdeiro pré-morto não deixe descendentes, poderá sua mãe lhe representar na cota da herança que lhe caberia se vivo fosse?

Esse problema poderá advir de diversas situações em que por exemplo o filho falece antes do pai e não deixa filhos. No entanto a sua genitora ainda é viva, e sempre manteve laços de afetividade com seu filho antes da sua morte e até mesmo dependia dele economicamente.

No mais o conceito de representação expresso no próprio art. 1851 do CC, possibilita várias interpretações possíveis, haja vista que o seu caput, determina que a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.

Desta forma, a exclusão do ascendente nesse tipo de sucessão não deve ser absoluta, inobstante o art. 1.852 do CC inadmita esse instituto.

3.1 O Direito das Sucessões e a sua Convivência Harmônica com o Direito de Família e o Direito de Propriedade

O direito das sucessões tem suas raízes advindas do direito de família, onde como foi explanado acima, o patrimônio do “*de cuius*” deve ser perpetuado dentro da própria família. Assim o autor da herança mesmo falecendo *Ab Intestato*, ou seja, sem deixar testamento, tinha em mente que os seus bens ficariam para seus familiares, principalmente filhos (caso houvesse) e esposa.

Como visto linhas alhures, o direito das sucessões possui estreita ligação com o direito de família, tendo em vista que aquele visa dá continuidade do patrimônio no seio familiar, seja pela vontade do autor da herança seja pela vontade do legislador.

A partir da acepção de que os bens do falecido devem ficar dentro da sua família, Carlos Roberto Gonçalves estabelece duas teorias sobre o direito de representação, para ele:

Malgrado a existência de várias teorias a respeito do fundamento jurídico do direito de representação, como a da *comunhão patrimonial familiar*, de Betti; a da *unidade e continuidade da família*, defendida por ZANZUCCHI; e a da *necessidade de tutelar a expectativa do representante*, sustentada por NICOLÓ, a discussão acabou limitando-se à seguinte indagação: o *jus representationis* constitui ficção legal ou direito. (Grifo do original) (2015, p.221).

Nesse contexto urge ressaltar que o patrimônio familiar, obrigatoriamente deve permanecer dentro desse ciclo, observando a nova conjuntura familiar em que aparece no cenário atual novos conceitos afastando a ideia das famílias tradicionais, incorporando nessa ordem as famílias que vivem separadas devido ao grande número de divórcios, porém os seus laços permanecem nessa extensão familiar, ou seja, aqueles que compartilham a guarda se reúnem em um dado momento, que são filhos de pai separados e portanto por esse fato já mais perderam o direito de sucederem seus genitores ou serem representados por daqueles na ausência destes.

Nesse escopo também surge o direito de propriedade garantido constitucionalmente, pois os bens integrantes do acervo hereditário, seja bens móveis ou imóveis representam uma propriedade para o herdeiro e este nessa qualidade após todos os trâmites legais exercerá essa atribuição destinada por testamento ou pela via legal.

A Constituição Federal assim define:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)

A função social da propriedade é plenamente exercida no direito das sucessões, tendo em vista que o titular de determinado patrimônio falece e os seus bens são administrados por sua família. Surge então a figura do herdeiro, que independentemente de continuar com determinados bens ou vendê-los, destinará um fim determinado aos bens, exercendo, portanto, o seu papel social.

Quando os bens são divididos pelos herdeiros, estes terão a faculdade de usar, gozar ou dispor da coisa, e independentemente da escolha faz com que a propriedade atinja a sua função social, atendendo assim uma garantia fundamental. (BRANCO; MENDES, 2015, p. 83)

Embora o titular de certo patrimônio possa estabelecer em vida a quem deixará determinado bem, deve ser ressaltado que somente poderá dispor da sua parte legítima, quando há herdeiros necessários, a terceiros sem nenhuma ligação familiar. No entanto a parte legítima que é aquela decorrente da existência de herdeiros deverá ser preservada, seja na qualidade de cônjuge, descendente, ascendente ou colaterais, conforme dispõe o art. 1829 do CC (2002).

Pode-se concluir que o patrimônio do falecido em regra não será deixado a terceiros estranhos ao seio familiar, salvo na disposição testamentária. Isso poderá ocorrer caso os herdeiros resolvam vender o patrimônio deixado pelo falecido, mas inicialmente o destino dos bens é a família do autor da herança na sucessão legítima.

4 DA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO ASCENDENTE

Os artigos, 1º e 2º, do Diploma Civil, estão entrelaçados na legitimação do ser humano para a prática dos negócios jurídicos. Tal prática reside na defesa dos direitos, pelo titular ou por quem o represente salvaguardados desde a sua concepção.

Art. 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Analisando o art. 2º, conclui-se, portanto, que o Código Civil, outorga direitos à pessoa humana, desde a sua concepção, ou seja, a personalidade adquirida irradia os direitos, postos a salvo em obediência à Teoria Concepcionista, compartilhada por Doutrinadores renomados a exemplo de Maria Helena Diniz e Flávio Tartuce.

Nessa esteira percebe-se que, a legitimidade de ser parte de uma relação jurídica se manifesta desde a concepção. Negar essa possibilidade implica em destituir os alimentos gravídicos ao nascituro.

Expressa bem o Mestre Silvo de Salvo Venosa (2012, p. 343), em suas brilhantes palavras afirmando que: “Não adiantaria a existência dos direitos se ordenamento jurídico fornecesse ao titular meio de exercê-los, caso fossem ameaçados ou tolhidos em seu exercício”.

Entretanto no caso em estudo, trata-se de alguém que nasce com vida, porém de pais separados, vindo a falecer antes de seu ascendente, deixando em seu lugar o outro ascendente, qual seja, sua genitora, conforme preleciona o art. 1.836, do Diploma Civil: “Na falta de

descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”.

Posto isso, podemos afirmar que no direito sucessório, o nascituro tem direito líquido e certo, sem a manifestação de sua vontade. Todavia, o nascimento com vida, o condiciona ao exercício pleno, através de um fato jurídico, ou seja, o falecimento de seu ascendente.

Certamente, o entendimento do mestre Sílvio Venosa, é compatível com o nosso, afirmando em sua sapiência que:

A capacidade para suceder é a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança. A vocação hereditária está na lei, norma abstrata que é. Daí porque a lei diz que são chamados os descendentes, em sua falta os ascendentes, cônjuges, colaterais até quarto grau e Estado. (VENOSA,2012, p. 51)

Desta feita, o presente estudo se propõe em demonstrar a possibilidade alavancada pelo tema, tendo em vista que o Julgador deve conceder o quinhão do herdeiro ausente, ao seu ascendente.

Portanto, o direito de representação permite que o herdeiro pré-morto seja representado por seu descendente ou por colaterais, entretanto não permite que haja representação na linha reta ascendente. Ocorre que não há óbice a essa representação, pois o ascendente em pleno gozo da sua capacidade civil pode realizar diversos negócios jurídicos, inclusive representar o seu filho em seus direitos sucessórios.

Destarte, mesmo que o ascendente seja incapaz nos termos da legislação vigente, não pode ficar desamparado por uma simples análise fria da lei, tendo em vista que o principal obstáculo para o exercício desse direito seria o não cumprimento dos requisitos do direito de representação pelo herdeiro. Ocorre que o filho pré-morto tem os seus direitos resguardados na lei desde a sua concepção.

O negócio jurídico, mais precisamente no que toca a capacidade do agente possui alguns requisitos para que seja considerado válido, tais como: a capacidade do agente, objeto lícito, possível e determinável. Diante de uma análise mesmo que superficial destes requisitos se observa que não há obstáculo para que o ascendente represente o descendente, pois além de ambos serem capazes, a própria lei permite a representação do herdeiro pré-morto. (GONÇALVES, 2011, p.360/361)

Sílvio de Salvo Venosa assim discorre sobre a capacidade do agente na celebração do negócio jurídico:

A capacidade é conceito, portanto, referente à idoneidade da pessoa para adquirir direitos ou contrair obrigações no universo negocial. Não é só isso,

contudo. O conceito de capacidade estende-se a outros fatos e efeitos jurídicos, principalmente aos fatos ilícitos e à responsabilidade civil deles decorrentes. Ao lado da chamada capacidade negocial, devemos, pois, lembrar da capacidade delitual, na esfera civil. O que nos interessa primordialmente é a capacidade negocial, aquela que dá aptidão para o agente intervir em negócios jurídicos como declarante ou declaratório. (2012, p. 368)

Outrossim, fica evidente que embora o herdeiro tenha falecido antes da abertura da sucessão, não há impedimento para que seja representado por seu ascendente em seus direitos sucessórios, visto que o seu filho caso tivesse, receberia a cota parte que lhe cabia.

Frise-se que no presente caso o ascendente não necessita de mandato para agir em nome do seu filho, pois a própria lei permite a representação mesmo que somente aos descendentes e colaterais, e até mesmo nos casos de indignidade. Portanto poderá agir sem autorização ou poderes especiais para tanto, pois a lei permite a atuação de determinadas pessoas em nome do falecido. É uma representação legal que difere da conceituada pela doutrina, pois neste caso não se exige a apresentação de um mandato ou que o representado outorgue poderes para que possam praticar atos em seu nome.

Conforme sustentado linhas alhures, mesmo que o ascendente fosse incapaz, também não haveria impedimento para representar o seu filho, pois demonstraria uma maior dependência econômica, moral, psicológica, enfim, em todos os campos de atuação humana, e nesse escopo a lei deverá protegê-la sem muitas ressalvas.

5 O DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E SEUS FINS SOCIAIS

Embora haja opiniões diversas, a sua existência visa distribuir o patrimônio do falecido entre seus parentes, visto que seus bens após a abertura da sucessão devem ter alguma finalidade específica, principalmente social. Nesse prisma, a Constituição Federal protege o direito de herança a todos indistintamente, o que engloba o direito de representação pois este é um ramo do direito sucessório. Nesse sentido se observa o art. 5º, Inc. XXX da Constituição Federal que assim dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)XXX – é garantido o direito de herança;(…).

Conforme salientado linhas acima, há algumas divergências sobre a origem do direito de representação. Para alguns, esse instituto tem como origem um mero benefício do legislador,

para outros veio para mitigar a máxima do direito das sucessões de que o mais próximo exclui o mais remoto.

O direito de herança está assegurado no topo da pirâmide do ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, devendo ser protegido contra abusos ou má interpretação dos seus dispositivos. No mais, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro Decreto Lei nº 4.657/1942, dispõe em vários de seus dispositivos, métodos e formas de interpretação que fazem uma adequação da lei a aplicação no caso concreto.

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A lei deve acompanhar as constantes mudanças da sociedade, para que não venha a ser considerada um texto retrogrado. Nesse prisma as normas jurídicas não devem ser aplicadas com uma simples interpretação gramatical do texto legal.

Após uma observação percuciente do art. 1852 do CC, verifica-se que deixar o ascendente sem representar o seu descendente, acarreta uma grande injustiça social, um desvirtuamento do direito das sucessões, pois conforme já afirmado, a sua finalidade é amparar os familiares do falecido (a), é deixar os bens dentro da sua família.

A lei permite que o autor da herança antes do seu passamento disponha dos seus bens em forma de testamento, e caso não venha a fazê-lo, a lei supri a necessidade de distribuição de seus bens por meio da sucessão legítima. Nesse sentido expõe Carlos Roberto Gonçalves, visto que para ele:

Em nosso país prepondera, do ponto de vista quantitativo, a sucessão legítima sobre a testamentária. Isso se deve, além de razões de ordem cultural e psicológica, à forma por que o legislador disciplinou a primeira, pois contempla justamente as pessoas da família do *de cujus* que este, efetivamente, desejaria contemplar, especialmente quando se trata de hereditando com descendência. Na maioria das vezes, o testamento é feito por testadores sem filhos, que querem beneficiar um cônjuge separado de fato, ou beneficiar, por meio de legados, determinadas pessoas. (2015, p.228)

Diante da opinião de vários doutrinadores, percebe-se que na sucessão legítima a lei atua em nome do falecido, deixando os seus bens dentro de sua família, pois presume-se que a sua vontade antes da morte era deixar seus bens para seus parentes, pois se assim não quisesse realizaria um testamento dispondo para quem iria os seus legados.

Existem entendimentos contrários ao direito de representação em relação ao ascendente, conforme se verifica nas palavras do professor Paulo Lôbo:

O direito de representação, na linha reta, limita-se aos descendentes do premorto (*sic*) (o que seria herdeiro se tivesse sobrevivido ao *de cuius*). Filho representa pai, ou neto representa o avô, se faltam filhos daquele e, assim, sucessivamente. Não há representação na linha ascendente, não podendo o pai ou avô representar o que seria herdeiro ou o herdeiro excluído, porque a sucessão pelos ascendentes é excepcional, tendo em vista a natureza humana evoluir de geração à geração seguinte.

Apesar de os ascendentes serem considerados herdeiros necessários, na falta de descendentes, se aqueles falecerem antes do *de cuius* não são representados na sucessão, pela ordem natural da vida, pois o descendente é o próprio *de cuius*; se antes falecidos seus pais e vivos os avós, ocorreria a mesma situação. (Grifo do original). (2014, p.115)

Entretanto não há garantias que essa ordem natural da vida, não seja invertida a partir das constantes modificações que a sociedade vem passando.

Excluir o ascendente de representar o seu filho nos direitos sucessórios pode gerar grandes injustiças, inclusive ir de encontro a Constituição Federal, tanto no que se refere ao direito de herança garantidos a todos indistintamente, como também na garantia que os pais têm de serem amparados por seus filhos na velhice, carência ou enfermidade, conforme dispõe a segunda parte do art. 229 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Este artigo demonstra que o ascendente tem um elevado grau de importância para os seus filhos, visto que estes têm o dever de ajudar os seus pais e ampara-los em qualquer situação. Semelhante a esse aspecto se observa a sucessão legítima estabelecida no Código Civil, onde a sua finalidade é distribuir os bens do falecido entre seus herdeiros, pois há uma presunção de que o autor da herança assim desejava. (GONÇALVES, 2015, p.156).

Desta forma o papel social do instituto é cumprido quando consegue satisfazer as necessidades da sociedade, e nesse sentido o direito da mãe em representar o seu filho deve ser protegido e aplicado, haja vista a inexistência de impedimentos legais ou morais que justifiquem a exclusão imposta pelo art. 1852 do CC.

5.1 Da Inconstitucionalidade do Art. 1852 do CC

Conforme já explicitado em linhas acima, o art. 5º, XXX, da Constituição Federal garante a todos e sem distinção, o direito de herança, “é garantido o direito de herança”.

Já em seu turno, o Código Civil, reserva o Título II, do Capítulo III, Livro V, para dispor acerca do direito de representação, o qual assegura ao herdeiro pré-morto a parte da herança

que lhe cabe como se vivo fosse. Este último instituto regula quem pode representar o herdeiro que falece antes da abertura da sucessão, ou seja, antes da morte de um dos seus genitores, resguardando apenas os direitos dos descendentes e colaterais quando os bens do acervo hereditário forem concorridos apenas por irmãos.

A partir da ordem constitucional expressa no art. 5^a inciso XXX, da Constituição Federal, e cumprimento pelo Código Civil, o art. 1829 do referido Diploma, na qualificação da ordem de vocação hereditária, fica evidente que o ascendente estar incluído nessa ordem e, portanto, não deve ficar excluído do direito de representação.

Ademais, resta consolidada a contemplação do ascendente pelo Direito das Sucessões, e consoante ao tema abordado, esclarece de forma inteligente o Código Civil Pátrio, em seu art. 1836, que:

Art. 1836 - Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. (...)

De outra forma, não é verificada uma justificativa plausível para que o ascendente não represente o seu filho nos direitos sucessórios, pois embora o herdeiro tenha falecido antes da abertura da sucessão, o direito de representação resguarda que ele possa ser representado por seus descendentes, colaterais, inclusive nos casos de renúncia a herança.

Tal entendimento se apoia nos institutos supracitados, dos quais se vinculam a expressão do art. 5^a, inciso XXX da Constituição Federal em que todos sem distinção têm direito à herança.

Todavia, na contramão do em estar social, a regra do art. 1852 do CC, contraria o dispositivo constitucional, e de igual modo, o próprio Código Civil, que assegura ao ascendente, os direitos sucessórios.

Embora não existam julgados relacionados com o tema discutido, fica evidente que este artigo, qual seja, o art. 1852 do CC – “O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente” – não atende aos anseios e finalidades da nossa Carta Magna, visto que não se dá conta do novo conceito de família, dentro de uma nova conjuntura onde a mãe separada, deem a guarda do filho e, portanto, vive com ele.

Gilmar Mendes (2015), entende que a norma Constitucional deve ser interpretada com a finalidade de buscar o seu significado através de uma análise jurídica e política da época, pois os seus preceitos são inseridos como lei fundamental, e para atingir os seus objetivos deve ser analisada como um todo e não somente em determinado ponto.

Para que haja uma interpretação da norma jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional, o intérprete deve se disvincular da simples análise gramatical da lei, devendo buscar uma aproximação da norma com a realidade, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, visto que para eles:

A interpretação orientada à aplicação não se torna completa se o intérprete se basta com análise sintática do texto. Como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista. Para se definir o âmbito normativo do preceito constitucional, para se delinarem a extensão e intensidade dos bens, circunstâncias e interesses atingidos pela norma, não se prescinde da consideração de elementos da realidade mesma a ser regida. (2015, p.83).

Há uma constante busca em adequar as transformações ocorridas na sociedade com a aplicação da lei ao caso concreto, cujo o principal objetivo é pacificar todas as controvérsias que porventura venham a existir, além de demonstrar a segurança jurídica que se espera de todas as normas principalmente da Constituição.

No presente caso deve-se haver uma grande aproximação do art. 1852 do CC com a Constituição Federal, tendo em vista que uma das funções da Carta Magna é atuar na solução dos casos concretos a partir do exame de singularidades e do real exame da aplicação da norma, ou seja, busca-se averiguar o seu real sentido e a finalidade de sua aplicação. Conforme já explicado anteriormente, não há uma fundamentação jurídica que legitime a exclusão do ascendente no direito de representação, devendo o seu nome ser incluído nesse instituto, sob pena de uma grave violação a um dos direitos fundamentais, que é o direito de herança garantido a todos.

Para que haja uma concordância entre os artigos em comento, o intérprete deve utilizar dos vários métodos de interpretação possíveis, onde se destacam os métodos sistemático, histórico, lógico e gramatical. (BRANCO; MENDES, 2015, p.83)

No presente caso, o art. 1852 do CC deve ser interpretado através do método lógico em que a partir dessa técnica, busca-se alcançar a real finalidade da norma, o espírito do legislador no momento de sua criação. Complementando o método lógico, deve-se aplicar também a técnica de interpretação histórica, uma vez que o direito das sucessões surge na Roma Antiga, bem como o direito de representação que tem suas raízes criadas na história romana.

O direito das sucessões coloca o ascendente como uma das classes passíveis de receber determinada herança. Como se observa no presente caso, o descendente faleceu antes da morte

do seu genitor e não deixou filhos ou esposa. Contudo deixou somente sua mãe, que de acordo com o art. 1852 do CC é excluída do direito de representar o seu descendente.

Nesse caso o único representante deixado por seu filho é a sua genitora, que também está incluída na ordem de vocação hereditária, bem como a depender do caso concreto dependia da ajuda do seu filho em todos os sentidos. Nesse caso já foi citado anteriormente que de acordo com a segunda parte art. 229 da Constituição Federal, os filhos tem o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, e desta forma o ascendente possui legitimidade de representar o seu descendente, pois este foi o único dependente que restou conforme a análise do caso proposto.

Portanto o art. 1852 do CC vai de encontro a norma insculpida no art. 5^a, inc. XXX, da Constituição Federal, pois este garante a todos o direito de herança, e palavra todos nesse sentido inclui o ascendente em representar o descendente, haja vista ser parte legítima no direito das sucessões para receber ou renunciar herança.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visa demonstrar que a disposição contida no art. 1852 do CC, não atende os fins sociais da lei, nem da Constituição Federal. Como ressaltado, o direito das sucessões tem suas origens advindas da Roma Antiga, e nesse sentido percebe-se que os bens do falecido eram distribuídos entre seus herdeiros, ou seja, ficavam dentro da sua família, principalmente aos filhos homens.

Com o passar do tempo a figura do homem deixou de ser figura exclusiva, passando a herança a ser dividida por classes. A partir dessa evolução também surgiu o direito de representação, pois esse instituto possibilitava ao herdeiro que falecesse antes da abertura da sucessão, ser representado por seus filhos ou esposa.

A regra que exclui o ascendente de representar o ascendente, não deve prosperar, tendo em vista o surgimento das possibilidades em que o único representante vivo do herdeiro pré morto será um dos seus genitores. O Código Civil em seu art. 1829, dispõe sobre a ordem de vocação hereditária em que o ascendente faz parte dos herdeiros elencados nesse artigo.

O mesmo entendimento se depreende da análise do caput do art. 1836 do Código Civil vigente, normatizando que na falta de descendente, os ascendentes são chamados a sucessão. Evidente está na letra da lei, a eleição do ascendente como herdeiro legítimo, impossibilitando sua exclusão de representar o seu filho.

Verifica-se portanto resguardado o direito do descendente pela norma legal, com o evento da vida, momento que adquire a personalidade, garantias que não se admite perda, transferindo então tais direitos a quem o represente no momento da abertura da sucessão.

Não prevalece outra via pela qual o descendente pode ser representado por seus filhos ou colaterais quando estes concorrerem com irmãos, ou quando aquele não deixar filhos ou esposa, sua genitora não poderá ser afastada de representa-lo, visto que além de possuir capacidade jurídica para tanto, os laços familiares e afetivos também existem, de sorte que a genitora em determinados casos depende economicamente do seu filho.

Afastar o ascendente de representar seu descendente no caso em estudo, é admitir prejuízos irreparáveis, impedindo a construção do papel social da propriedade, com a proibição imposta no art. 1852 do CC, além de se contrapor à Magna Carta, que expressamente prevê como uma das garantias fundamentais, o direito de herança a todos.

É com observação nesse aspecto que defendemos a possibilidade de o ascendente representar o seu filho, pois a própria Lei protege o referido direito mesmo em casos de morte do herdeiro antes da abertura da sucessão.

Por todas as evidências trazidas a presente discussão, restou comprovado o direito dos ascendentes representarem seus descendentes da mesma forma que os colaterais. Como a abordagem do presente tema visa incluir o ascendente na representação do descendente que era solteiro e não tinha filhos, a sua mãe deve ser incluída nesse instituto para que não haja uma distribuição desigual da herança do *de cuius*, evitando assim, uma injustiça social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Vade mecum compacto. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, **Código civil. Lei 10.406 de 2002**. Vade mecum compacto. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, **Decreto lei 4.657 de 1942**. Vade mecum compacto. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Paulo A. Soares de. **A questão da interpretação das leis**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3, nº 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28/a-questao-da-interpretacao-das-leis>> Acesso em 23 de outubro de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 29ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil: direito das sucessões**. 9ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil: parte geral**. 9ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, *in* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª. ed. Saraiva, 2015.

OZANNA, Mariana. **Sucessão legítima no direito comparado**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37411/sucessao-legitima-no-direito-comparado>> Acesso em 22 de agosto de 2015.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, *in* José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. 5ª. ed. São Paulo, Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 12ª.ed. São Paulo, Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 12ª.ed. São Paulo, Atlas, 2012.

A VISION LEGAL HEIR OF ABOUT PRE-DEAD AND SINGLE IN THE RIGHT OF INHERITANCE: A Critique Of Art The Exegesis. 1852 Of CC.

ABSTRACT

This article has, as it fundamental objective to discuss the ban on ascending never be able to represent the downward in the law of succession and its gelatinization, given the lack of legal grounds that legitimize this provision. That plumb, will be shown that the law of succession have taken their roots of ancient Rome, where the property should be perpetuated within the family, inobstante there have been important changes in the country coding and in this respect the law silenced. However, should the legal standard, act fully guided in social purposes it is intended for the right and is fully valid, from certain possibilities of upward represent downward on the law of succession, subject to certain conditions.

Keywords: Family; Representation; Successions;

ANEXOS

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Eu, ANTÔNIO ELIANO DE ANDREADE, abaixo assinado, autorizo a Universidade Tiradentes, por intermédio do aluno, CLEBER AZEVEDO SANTOS, devidamente assistido por seu orientador, Prof. WLADIMIR CORREA E SILVA, a desenvolver o trabalho abaixo descrito:

1- Título do trabalho: Uma Visão Jurídica Acerca do Herdeiro Pré-Morto e Solteiro no Direito das Sucessões: Uma Crítica a Exegese do Art. 1852 do CC.

2- Objetivos Primários e secundários: Amparar o direito de herança daquele que nasceu com vida (Garantia de um Direito Reservado) e que não deixou descendentes. Demonstrar que o direito das sucessões é pautado na continuação do patrimônio no seio familiar, tendo em vista a sua íntima relação com o direito de família e o direito de propriedade.

3- Justificativa para a realização do trabalho: A necessidade de tentar demonstrar que a mãe do falecido (filho), deveria lhe representar em seus direitos sucessórios inobstante a lei seja contrária a esta disposição.

4- Benefícios Esperados: A sua grande contribuição, para o mundo científico, é demonstrada através da busca de novos conhecimentos que não se restringem a letra da lei, a partir de experiências práticas.

5- Informações: Os participantes têm a garantia que receberão respostas a qualquer pergunta e esclarecimento de qualquer dúvida quanto aos assuntos relacionados ao trabalho. Também o estudante supracitado assume o compromisso de proporcionar informações atualizadas obtidas durante a realização do estudo.

6- Retirada do Consentimento: O voluntário tem a liberdade de retirar seu consentimento a qualquer momento e deixar de participar do estudo, não acarretando nenhum dano ao voluntário.

7- Aspecto Legal: Elaborado de acordo com as normas que protegem os direitos da personalidade prevista no Código Civil e da Constituição Federal.

8- Confiabilidade: O Voluntário assinará o termo de consentimento para que os resultados obtidos possam ser apresentados em congressos e publicações.

9- Quanto à Indenização: Não há danos previsíveis decorrente do trabalho, mesmo assim fica prevista indenização, caso se faça necessário.

11- Dados do aluno responsável: Nome: Cleber Azevedo Santos, aluno da Universidade Tiradentes.

Endereço/telefone/e-mail: Rua Antônio Teodoro, 257, Bairro 18 do Forte – Aracaju/SE. Fone: 79 9-9964-9123.

ATENÇÃO: A participação em qualquer tipo de trabalho é voluntária. Em casos de dúvida quanto aos seus direitos, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Tiradentes.

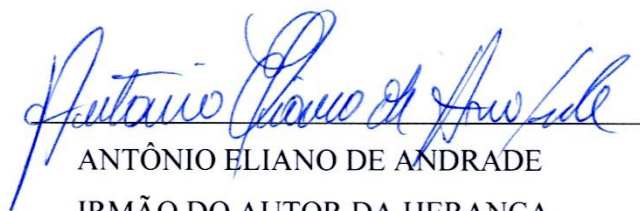
O pesquisador responsável, o sujeito da pesquisa ou seu representante legal e, quando for o caso, devem rubricar todas as folhas do TCLE, apondo também suas assinaturas na última página do referido termo.

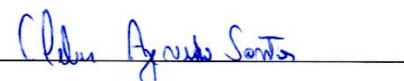
CEP/Unit – DPE

Av. Murilo Dantas, 300 bloco F - Farolândia – CEP 49032-490, Aracaju - SE.

Telefone: (79) 32182206 – e-mail: cep@unit.br.

Aracaju, 11 de novembro de 2015.


ANTÔNIO ELIANO DE ANDRADE
IRMÃO DO AUTOR DA HERANÇA


CLEBER AZEVEDO SANTOS
ALUNO

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Eu, LUCIVÂNIA OLIVEIRA, abaixo assinado, autorizo a Universidade Tiradentes, por intermédio do aluno, CLEBER AZEVEDO SANTOS, devidamente assistido por seu orientador, Prof. WLADIMIR CORREA E SILVA, a desenvolver o trabalho abaixo descrito:

1- Título do trabalho: Uma Visão Jurídica Acerca do Herdeiro Pré-Morto e Solteiro no Direito das Sucessões: Uma Crítica a Exegese do Art. 1852 do CC.

2- Objetivos Primários e secundários: Amparar o direito de herança daquele que nasceu com vida (Garantia de um Direito Reservado) e que não deixou descendentes. Demonstrar que o direito das sucessões é pautado na continuação do patrimônio no seio familiar, tendo em vista a sua íntima relação com o direito de família e o direito de propriedade.

3- Justificativa para a realização do trabalho: A necessidade de tentar demonstrar que a mãe do falecido (filho), deveria lhe representar em seus direitos sucessórios inobstante a lei seja contrária a esta disposição.

4- Benefícios Esperados: A sua grande contribuição, para o mundo científico, é demonstrada através da busca de novos conhecimentos que não se restringem a letra da lei, a partir de experiências práticas.

5- Informações: Os participantes têm a garantia que receberão respostas a qualquer pergunta e esclarecimento de qualquer dúvida quanto aos assuntos relacionados ao trabalho. Também o estudante supracitado assume o compromisso de proporcionar informações atualizadas obtidas durante a realização do estudo.

6- Retirada do Consentimento: O voluntário tem a liberdade de retirar seu consentimento a qualquer momento e deixar de participar do estudo, não acarretando nenhum dano ao voluntário.

7- Aspecto Legal: Elaborado de acordo com as normas que protegem os direitos da personalidade prevista no Código Civil e da Constituição Federal.

8- Confiabilidade: O Voluntário assinará o termo de consentimento para que os resultados obtidos possam ser apresentados em congressos e publicações.

9- Quanto à Indenização: Não há danos previsíveis decorrente do trabalho, mesmo assim fica prevista indenização, caso se faça necessário.

10- O participante receberá uma cópia deste Termo assinada por todos os envolvidos (participante e aluno).

11- Dados do aluno responsável: Nome: Cleber Azevedo Santos, aluno da Universidade Tiradentes.

Endereço/telefone/e-mail: Rua Antônio Teodoro, 257, Bairro 18 do Forte – Aracaju/SE. Fone: 79 9-9964-9123.

ATENÇÃO: A participação em qualquer tipo de trabalho é voluntária. Em casos de dúvida quanto aos seus direitos, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Tiradentes.

O pesquisador responsável, o sujeito da pesquisa ou seu representante legal e, quando for o caso, devem rubricar todas as folhas do TCLE, apondo também suas assinaturas na última página do referido termo.

CEP/Unit – DPE


Av. Murilo Dantas, 300 bloco F - Farolândia – CEP 49032-490, Aracaju - SE.

Telefone: (79) 32182206 – e-mail: cep@unit.br.

Aracaju, 11 de novembro de 2015.



LUCIVÂNIA OLIVEIRA
GENITORA DO HERDEIRO FALECIDO



CLEBER AZEVEDO SANTOS
ALUNO