

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**FERNANDA DOS SANTOS TEIXEIRA**

**A FIANÇA COMO ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA**

**CRICIÚMA**

**2015**

**FERNANDA DOS SANTOS TEIXEIRA**

**A FIANÇA COMO ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Marcus Vinicius Almada Fernandes

**CRICIÚMA**

**2015**

**FERNANDA DOS SANTOS TEIXEIRA**

**A FIANÇA COMO ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Sucessório.

Criciúma, 09 de Julho de 2015.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Marcus Vinicius Fernandes Almada – Especialista - (UNESC) - Orientador

Prof. Rosangela Del Moro – Especialista - (UNESC)

Prof. Sheila Martignago Saleh – Mestre - (UNESC)

**A todos que em mim acreditaram e que me deram forças quando pensei em desistir.**

## AGRADECIMENTOS

Ao meu avô Levino *in memoriam* que foi e continua sendo meu exemplo e que é a minha força para seguir sempre em frente, pois tudo o que conquistei até aqui é dedicado a ele, por todo amor que me deu, por todo o ensinamento e por ter sido a pessoa mais maravilhosa que já conheci. Vô, estarás sempre em meu coração, sempre.

Agradeço a minha avó Dorvalina, por me apoiar, me entender nos momentos de grosseria e por principalmente ser meu porto seguro, me mimando e sendo sempre minha segunda mãe.

Agradeço a minha Mãe Neyde pelos puxões de orelha, por acreditar em mim e por nunca me deixar desistir. Por acreditar no meu potencial e principalmente por ter investido na minha educação. Mãe, obrigada pelas palavras de conforto.

Ao meu padrasto Ederson por tudo. Não tenho palavras para expressar o quanto sou agradecida por ter o melhor pai do mundo. Só tenho a agradecer, principalmente a Deus, por ter me tirado um anjo, mas ter me dado outro tão bom quanto.

Agradeço a toda a minha família pela compreensão e por todo o apoio de sempre.

A minha amiga/irmã Pamela Ceolin, por todas as conversas, risadas, por estar comigo nos momentos mais difíceis, por me entender e principalmente por me ensinar o valor de uma amizade verdadeira. Migs, te amo, de verdade.

A minha amiga de infância Laura Costa, o que um penal uniu ninguém mais separa. Obrigada por todos esses anos de amizade.

Ao meu amigo Ramon Zanette, meu “ordi” preferido que sempre me faz dar boas risadas e nos piores momentos sempre me falou: “calma fer, ta acabando”. Me aturasse e me ajudasse sempre nos momentos em que queria jogar tudo pro alto, obrigada.

A minha chefe Patricia Felicio, por todas as oportunidades que me deu e por acreditar no meu potencial e por ser um exemplo para mim.

Agradeço ainda, a todos os professores presentes na minha graduação que contribuíram com todo o conhecimento adquirido por mim nestes cinco anos. Agradeço especialmente ao meu orientador Marcus Vinicius Fernandes Almada pelo apoio e compreensão nessa última jornada.

Por fim, agradeço a todos que passaram na minha vida nesses últimos anos e aqueles que de alguma forma contribuíram para que eu pudesse chegar até aqui.

**“Os homens esquecem mais rapidamente a morte do pai do que a do patrimônio.”**

**Maquiavel**

## RESUMO

O presente trabalho monográfico se fez por via do método de pesquisa dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico. Este estudo tem como objetivo discorrer sobre a possibilidade da fiança paga pelo ascendente em virtude de uma obrigação do descendente ser entendida como adiantamento da legítima embasado no princípio da igualdade que é um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988, sendo que no presente trabalho, chegou-se a conclusão que o instituto da fiança poderá ser levado a colação a título de adiantamento da legítima.

**Palavras-chave:** Sucessão. Fiança. Adiantamento. Legítima. Igualdade.



## **RESUMEN**

Esta monografía se hizo por medio del método de investigación deductiva, a través de la investigación teórica y cualitativa con el uso de materiales de la biblioteca. Este estudio tiene como objetivo discutir la posibilidad de libertad bajo fianza pagada por el alza debido a un descendiente de la obligación de entenderse como un anticipo de legítima basada en el principio de igualdad, que es uno de los principios básicos de la Constitución Federal de 1988 y en el presente estudio llegó a la conclusión de que el Instituto de la fianza puede ser tomado conferir el título de antemano legítima.

Palabras clave: Sucesión. Bail. Advance. Legítimo. Igualdad.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2.</b>	<b>SUCCESSÃO.....</b>	<b>13</b>
2.1.	Histórico .....	13
2.2.	O Princípio de <i>Saisine</i> .....	16
2.3.	Natureza jurídica, conceito de sucessão e o direito sucessório atual .....	17
2.4.	Regras do inventário e da partilha .....	23
<b>3.</b>	<b>FIANÇA .....</b>	<b>28</b>
3.1.	Conceito e natureza jurídica .....	28
3.2.	Modalidades e efeitos da fiança .....	31
3.3.	Requisitos e extinção da fiança .....	35
<b>4.</b>	<b>O PAGAMENTO DA FIANÇA E O ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA .....</b>	<b>39</b>
4.1.	O Princípio da Igualdade e sua aplicação do Direito Sucessório .....	39
4.2.	Da doação e da fiança como adiantamento da legítima.....	42
<b>5.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>49</b>
<b>6.</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>51</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como delimitação de tema o estudo da possibilidade da fiança prestada pelo ascendente ser entendida como adiantamento da legítima partindo do princípio da igualdade entre os herdeiros necessários.

A respeito da sucessão, assim como da fiança, se fará breve historio, abordando esses institutos, como são tratados na legislação, ao longo da história.

No primeiro capítulo estudar-se-á a sucessão desde a sua evolução histórica, analisando o seu conceito e sua aplicação no código atual e as regras do inventario e da partilha.

Já no segundo capítulo, realizar-se-á um estudo aprofundado sobre a fiança, tratando do seu conceito, sua natureza jurídica, legitimidade, requisitos objetivos e subjetivos. Este estudo tem a finalidade de verificar se as características da fiança para maior compreensão desta forma de contrato.

Após o estudo destes dois institutos, poderá se iniciar o tema proposto: a fiança como adiantamento de legítima.

O terceiro capítulo terá como objetivo estudar a fiança como adiantamento de legítima. Assim, será mostrado a aplicação do princípio da igualdade no direito sucessório, pois quando o *de cuius* doa em vida mais bens em favor de um herdeiro do que os outros, ferirá este princípio.

Neste capítulo ainda, procurar-se-á mostrar o porquê de esta modalidade ser levada a colação pelos herdeiros contemplados pela mesma, uma vez que por mais que o legislador foi falho em não introduzi-la em lei, ela deve ser levada à colação, ainda que indiretamente nas doações.

Por questões metodológicas, a discussão ficará restrita apenas na fiança como adiantamento de legítima, visto que a matéria tratada na presente monográfica não é muito recorrente nos Tribunais, limitando ainda mais o estudo da mesma.

Diante do exposto, destaca-se que o presente estudo visa mostrar que a fiança paga pelo ascendente em favor do descendente, importa adiantamento da legítima e fere o princípio da igualdade, uma vez que um herdeiro usufrui maior parte dos bens em detrimento dos demais. Desta forma, buscar-se-á mostrar que a

partir do princípio da igualdade que as garantias entre os herdeiros devem se dar de forma igualitária.

Para cumprir este objetivo, será adotado o método de pesquisa dedutivo, e metodologia de pesquisa teórica e qualitativa de material bibliográfico.

## 2. SUCESSÃO

Inicia-se o presente trabalho com um estudo sobre o direito sucessório, tratando do seu histórico, natureza jurídica, conceito e se fará uma breve explanação de como essa modalidade do direito está sendo aplicada atualmente.

No mundo em que vivemos nada é eterno. O homem nada sabe sobre o seu futuro e deve viver sempre na espera do futuro. Porém, a sucessão, passa a ideia de que a pessoa por mais que já tenha partida de sua vida na terra, continua presente, pelo legado deixado e na memória daqueles que ficaram. (RIZZARDO, 2008, p. 01)

Para Diniz (2005, p. 03), o direito das sucessões é o conjunto de normas que trata sobre a transferência de patrimônio em virtude da morte de alguém. Portanto, o direito sucessório consiste em disposições jurídicas que regem a transmissão dos bens do *de cuius* ao herdeiro.

Coelho (2006, p. 227) entende que:

O direito das sucessões disciplina a destinação do patrimônio da pessoa física após sua morte. Melhor dizendo contempla as normas que norteiam a superação de conflitos de interesses envolvendo a destinação do patrimônio de pessoa falecida.

No direito de sucessões, o sinônimo é a herança, chamada pela doutrina pátria de “sucessão hereditária”. A sucessão, consiste na transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida a uma ou mais pessoas vivas.

### 2.1. Histórico

A ideia de transmitir a alguém seus bens após a sua morte é uma instituição antiga. sendo consagrada nos direitos egípcio, hindu e babilônico, muito antes da Era Cristã. (RODRIGUES, 2002, p. 04)

Explica Rizzardo (2008, p. 03), que a figura *pater* era soberano:

Numa estrutura rígida da família, o *pater* era o soberano. Por testamento, escolhia ele o herdeiros mais habilitado para exercer o comando na família, e realizar as práticas religiosas domésticas, em favor do defunto, além de administrar o patrimônio existente.

Para Oliveira, (2004, p. 04) a sucessão tecia sua origem unicamente em virtude da religiosidade, pois a sucessão era entendida não como uma transmissão de patrimônio deixada pelo falecido, mas sim como uma forma de continuar seu legado na terra.

Para Venosa (2006, p. 04):

O homem, pouco importando a época ou sua crença, sempre acreditou, ou ao menos esperou poder transcender o acanhado lapso da vida. Há uma ideia central inerente no corpo social, que é a da figura do sucessor. Essa noção parte de uma das ficções mais arraigadas no pensamento social, ou seja, a ideia de continuação ou continuidade da pessoa falecida (autor da herança) na pessoa do sucessor universal. A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado homem, pouco importando a época ou sua crença, sempre acreditou, ou ao menos esperou poder transcender o acanhado lapso da vida. Há uma ideia central inerente no corpo social, que é a da figura do sucessor. Essa noção parte de uma das ficções mais arraigadas no pensamento social, ou seja, a ideia de continuação ou continuidade da pessoa falecida (autor da herança) na pessoa do sucessor universal.

Em Roma, na Grécia e na Índia, em razão da religião desempenhar um papel importante da sociedade, ditando algumas regras e costumes, eles acreditavam que não poderiam morrer sem deixar para alguém seu legado, não havia castigo maior para uma pessoa do que morrer e não deixar alguém levando adiante o histórico familiar. (LIMA, 2003, p. 19).

Rizzardo (2008, p. 03) explica que a sucessão teve três fases de evolução: a primeira o bem era do grupo familiar, ou seja, havia uma espécie de comunhão familiar abrangendo todos daquele grupo, não deixando assim, ninguém desamparado quando ocorria a morte da figura paterna. Posteriormente, foi surgindo um vínculo mais particular, os bens do varão eram transmitidos aos descendentes, limitando o grupo de herdeiros, e por fim, firmou-se a propriedade individual, prevalecendo os laços familiares e religiosos.

A morte de alguém, quando não havia um sucessor, acarretava uma espécie de culto doméstico, pois naquele tempo o patriarca da família era tratado como um Deus para esta. Deste modo, ficava nítida a importância da figura do herdeiro para dar continuidade à religião familiar. (DIAS, 2008, p. 27).

O culto familiar era realizado de forma a oferecer ao morto oferendas fúnebres e sacrifícios sobre o seu túmulo. Os homens eram os sacerdotes, justificando assim, a transmissão para o filho varão do morto. (LEITE, 2004, p. 25).

Gonçalves (2011, p. 02) descreve:

A situação assim se apresentava porque o direito de propriedade estabeleceu-se para a efetivação de um culto hereditário, razão pela qual não se podia extinguir pela morte do titular. Deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguisse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio. O lar não poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistia o direito de propriedade.

Desta forma, pode-se entender que a sucessão tinha caráter religioso, e que quem dava continuidade ao patrimônio familiar, era o filho primogênito. Detalhadamente temos as palavras de Carvalho (2009, p. 01):

De início, tinha fundamento religioso, exigindo que o falecido tivesse um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios apropriados e oportunos, oferecendo o banquete fúnebre. O patrimônio era da família, que cultuava seus antepassados como deuses domésticos. A sucessão era calcada no direito de primogenitura, sendo o falecido sucedido na chefia da família e do patrimônio familiar pelo primeiro filho varão (primogênito)

Por muito tempo, esse era o método mantido. O patrimônio pertencia à família, representada pela figura paterna e, assim, com sua morte, pelo primogênito do sexo masculino. (LIMA, 2003, p. 19).

Rodrigues (2002, p. 04), explica que:

Essa a razão por que a sucessão, a esse tempo e durante séculos, transmite-se apenas a linhas masculina, ou seja, aos agnados, pois, como o filho é o sacerdote da religião doméstica, é ele, e não sua irmã, quem recebe o patrimônio da família. Aí, portanto, a explicação da regra segundo a qual a herança se transmite ao primogênito varão.

Assim, como a herança pertencia ao filho varão, era impedida a divisão da fortuna entre os outros filhos. (CARVALHO, 2009, p. 2)

Rodrigues (2002, p. 04), apud Gonçalves (2011, p. 21), explica:

Por que a sucessão, a esse tempo e durante séculos, transmite-se apenas pela linha masculina, pois, como o filho é o sacerdote da religião doméstica, é ele, e não sua irmã, quem recebe o patrimônio da família. Aí, portanto, a explicação da regra segundo a qual a herança se transmite ao primogênito varão.

O testamento se expandiu mais na época da Lei das XII Tábuas, quando as pessoas começaram a perder bastante seus privilégios, e foi se impondo a liberdade absoluta de dispor dos bens para depois da morte. (RIZZARDO, 2008, p. 04).

Gomes (1997, p. 03), explica como era dada a sucessão no direito romano, após o surgimento da Lei das XII Tábuas:



Os *heredi sui et necessarii* eram os filhos sob o poder do pater e que se tornavam *sui iuris* com sua morte: os filhos, os netos, incluindo-se também, nessa qualificação a esposa. Os *agnati* eram os parentes mais próximos do falecido. Entende-se por *adgnado* o colateral de origem exclusivamente paterna, como o irmão, consanguíneo, o tio que fosse filho do avô paterno, e o sobrinho, filho desse mesmo tio. A herança não era deferida a todos os *agnados*, mas ao mais próximo no momento da morte (*agnatus proximus*). Na ausência de membros das classes mencionadas, seriam chamadas a sucessão os *gentiles*, ou membros da *gens*, que é o grupo familiar no sentido lato.

A mulher era discriminada, não recebendo nada de herança do marido, a ela, era apenas atribuído um dote quando solteira. (LIMA, 2003, p. 20).

A filha mulher também não entrava na sucessão, conforme afirma Gonçalves (2011, p.21):

o afastamento da filha se justificava, também, pelo fato de que esta iria se casar, e pelo casamento passaria a integrar a família do marido, perdendo qualquer espécie de laço com a família de seu pai, cultuando, inclusive, os deuses da nova família.

Os direitos não se partilhavam, mas pertenciam a família do *de cuius*. Com a morte do patriarca, a administração dos bens passavam ao filho primogênito, frisa-se que era passado a administração sempre ao filho homem, assim os outros filhos trabalhavam para o detentor da administração dos bens, se tornando subordinados deste. (RIZZARDO, 2008, p. 05)

Assim, somente no Código de Justiano é que se deu a seguinte vocação hereditária: primeiro vinha os descendentes, depois os ascendentes em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais, os irmãos consanguíneos ou uterinos e por último os parentes colaterais. (GONÇALVES, 2011, p. 22).

## 2.2. O Princípio de *Saisine*

Sobre o surgimento do Princípio de *Saisine*, dispõe Gonçalves (2011, p. 38):

O princípio da *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como reação ao sistema do regime feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na pose, pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro, e no momento de sua morte, a posse de todos os bens.

O Código Napoleônico fixou o *droit de saisine*, que estabeleceu em seu artigo 724, que os herdeiros legítimos, naturais e o cônjuge recebem os bens, direitos e ações, cumprindo com todos os encargos da sucessão. (GONÇALVES, 2011, p. 22).

O que visa a lei com o princípio de *saisine* é atribuir ao herdeiro a condição de possuidor dos bens. Assim ele usufruirá dos bens deixados a ela pelo autor da sucessão. Quando ocorre a transmissão efetiva dos bens, acontece o princípio de *saisine* que trata da transmissão dos bens ao herdeiros necessários. (RODRIGUES, 2002, p. 14)

Venosa (2013, p. 29), define o princípio de *saisine* como: “o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança”.

Afirma ainda, que nosso ordenamento jurídico mantém-se baseado no princípio de *saisine*, uma vez que este já se encontrava no Código Civil de 1916. (VENOSA, 2013, p. 04).

O princípio de *saisine*, adotado pelo código civil de 2002, encontra respaldo no código civil de 1916, no artigo 1.572, que dispunha: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (VENOSA, 2013, p. 04)

Hoje, este princípio encontra-se no artigo 1.784 do atual Código civil.

Para Gonçalves (2011, p. 23):

O princípio de *saisine* foi introduzido no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, reafirmando pelo Assento de 16 de fevereiro de 1786. O Código Civil português de 1867, já revogado, dizia no art. 2.011: “A transmissão do domínio e a posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela”.

Hoje, na quase totalidade dos países, a sucessão legítima se processa entre os herdeiros do mesmo grau em partes iguais. (CARVALHO, 2009, p. 02).

### **2.3. Conceito de sucessão e o direito sucessório atual**

Neste tópico será tratado da sucessão, logo após do conceito de sucessão no entendimento doutrinário e por último, será feita breve explanação sobre o direito sucessório atual.

Sobre a natureza jurídica da sucessão há controvérsias, pois não existe um nexo de vontade entre o autor da herança e os herdeiros. O *de cuius* não alega qualquer ato de vontade. Por outro lado, em se tratando da transferência do patrimônio, transferem-se também os direitos e as obrigações para os herdeiros por virtude de lei e estes podem aceitar ou renunciar, tendo-se então um ato de vontade. (RIZZARDO 2008, p. 15)

Acerca do conceito de sucessão, tem-se a ideia de ela estar diretamente ligada a partir da morte de alguém. Só haverá a sucessão quando alguém falecer e este possuir bens para seus herdeiros. Assim será tratado do conceito da sucessão na visão dos doutrinadores.

Quando parte um ente querido, deixa a todos a certeza de que nada na humanidade é eterno, mas a sucessão, de algum modo, passa a ser uma sensação de prolongamento da pessoa, ou a afirmação de completo desaparecimento. (RIZZARDO, 2008, p. 04).

Gonçalves (2011, p. 19), afirma que: “a palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

No mesmo sentido para Dias (2008, p. 28), suceder significa:

[...]substituir, ou seja, tomar o lugar do outro. Quando uma pessoa toma o lugar de outra, uma sucede a outra. Sucessão, em sentido geral e vulgar, é a sequência de fenômenos ou fatos que aparecem uns após os outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações.

Daí o acerto de Almeida (2003, p. 15) em afirmar que: “A ideia de sucessão implica a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito”.

A sucessão é a substituição da pessoa jurídica ou física por outra pessoa, sendo que esta assume seus direitos e obrigações. (LISBOA, 2006, p. 415)

Gonçalves (2011, p. 19), diz que a ideia de sucessão:

Se revela na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares, não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se frequente no direito

das coisas, em que a tradição a opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor, nomeado pelo juiz.

Rodrigues (2002, p. 03), define a sucessão como: “O conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”.

Gonçalves (2011, p. 20), conceitua o direito das sucessões como: “o complexo de princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”.

Almada (1991, p. 19) afirma que: “A sucessão é proveniente do latim *successio*, substantivo do infinito verbal *succedere*, significando o ato de subingressar, de colocar-se sob algo, de seguir o continuar numa dada situação.

Para Beviláqua (2000, p. 15), o significado da palavra sucessão é o de substituir o titular de um direito, com relação a bens, coisas e outros encargos.

Nesse sentido, Carvalho afirma:

Successão, sob o ponto de vista jurídico, é a transferência da titularidade de direitos, eventualmente obrigações, oriundas de falecimento de seu titular, em virtude de declaração de vontade ou de disposição legal. É a morte do titular dos direitos, sendo nulo qualquer contrato de herança com a pessoa viva.

Assim, o sucessor será denominado o herdeiro ou legatário. Será denominado herdeiro quando receber o acervo a título universal, e será denominado legatário quando houver a transmissão a título singular. (LIMA, 2003, p. 17).

A sucessão a título singular consiste na transmissão de bens de uma pessoa para a outra. Sendo assim, ocorre uma transmissão de uma ou mais coisas. Esta, pode ocorrer na sucessão *inter vivos* e também na *mortis causa*. Nessa espécie sucessória o patrimônio da pessoa não é focado como unidade, mas sim como elementos que são retirados do patrimônio. (ALMADA, 1991, p. 20)

Entende Lisboa (2006, p. 417) que: “a sucessão a título singular é aquela que se opera por meio de simples legado, ou seja, pela contemplação de uma bem determinado a um herdeiro”.

Já na sucessão a título universal, o objeto é constituído de uma forma agrupada numa unidade substancial, não se confundindo com os elementos dela integrantes. (ALMADA, 1991, p. 20).

Para Cahali e Hironaka (2007, p. 19), a sucessão a título singular, é a transmissão da totalidade de direitos, ou limitada a alguns deste. A de título singular seria a transmissão de obrigações decorres de uma relação jurídica transmitida.

Ainda, Rizzardo (2008, p. 02) diz:

A morte extingue a personalidade da pessoa, a quem, a partir daí não mais se lhe atribuem direitos e obrigações. Desaparecem as prerrogativas, dentre as quais a titularidade dos bens, E isto só com a morte física ou biológica. Não como a morte civil, como outrora era admitido, quando se cassavam os direitos; ou como a profissão religiosa, em que alguém abnegava as riquezas temporais para entregar-se uma vida dedicada unicamente a Deus.

A palavra sucessão pode ser considerada uma palavra genérica ou especificamente. Genericamente, suceder significa tomar o lugar de outra pessoa, em um contrato de compra e venda, por exemplo, o comprador sucede o vendedor, juridicamente se denomina de sucessão inter vivos. Em sentido específico, a sucessão seria a substituição do patrimônio de uma pessoa falecida aos seus herdeiros, acarretando assim, a transferência de herança. (LIMA, 2003, p. 17).

No direito sucessório, o que prevalece é a relação jurídica, ou seja, havendo a morte de alguém, é transferido o patrimônio do de cujus, a quem lhe é de direito. (CARVALHO, 2009, p. 04).

Para Diniz (2005, p. 19) o direito sucessório é:

Trata da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte de uma pessoa aos seus herdeiros, de um modo geral seus familiares. Tratando-se de direito sucessório, tem sua razão de ser no direito de propriedade conjugado ao direito das famílias. O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar São esses dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.

Para um melhor entendimento, como conceito de patrimônio, entende Carvalho (2009, p. 03) que:

Patrimônio é a universalidade de direitos e obrigações, sendo impossível dissociar a ideia de pessoa física da ideia de patrimônio, pois este é inerente à pessoa, tanto que o Código Civil veda a doação de todos os bens, sem reserva de renda.

Nas palavras de Pereira (2002, p. 06-07) apud Gonçalves (2011, p. 24), a propriedade é:

Como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 299 da Constituição de 1988. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e testamentária.

Assim, a sucessão passa a ser individual, a intenção é a de se preservar o patrimônio dentro de um mesmo grupo, e realizar então, a divisão do patrimônio, com a morte do de cujus. (GONÇALVES, 2011, p. 25).

Neste sentido, leciona Dias (2008, p. 01):

Os sucessores passam a ter a mesma situação jurídica do autor da herança, quer com relação aos direitos, quer quanto aos seus bens. A herança constitui uma universalidade de direitos: complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico.

Para Maximiliano (1942, p. 02), apud Gonçalves (2011, p. 20), sucessão é:

Direito das Sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos *bens* e *obrigações* de um indivíduo em consequência da sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.

É de grande importância a sucessão para o direito civil, pois o homem desaparece, mas os bens continuam. Por que faz parte das relações humanas a

continuação da vida, por aqueles que sobrevivem, dando continuidade assim, a relação sucessória no direito dos herdeiros e continuando também, a extensão do patrimônio deixado pelo morto, mantendo assim, a manutenção da sua imagem, mesmo que depois da morte. (GONÇALVES, 2011, p. 21).

Leite (2003, p. 14) entende que:

Na medida em que entre a vida e a morte se decide todo o complexo destino da condição humana. O aludido direito se esgota exatamente na ideia singela, mas imantada de significações, de continuidade para além da morte, que se mantém e se projeta na pessoa dos herdeiros. A sucessão, do latim *succedere* (ou seja, vir ao lugar de alguém), se insere no mundo jurídico com que afirmar o escoamento inexorável do tempo conduzindo-nos ao desfecho da morte que marca, contraditoriamente, o início da vida do direito das sucessões.

A doutrina analisa o direito moderno como fonte patrimonial para aqueles que ficam, Hoje, o Estado é ativo nas relações do direito sucessório, na proporção de que no mesmo momento em que auxilia que a partilha entre os herdeiros se dê de forma correta e que o direito sucessório seja habitualmente de forma justa, ele cobra o imposto *causa mortis* no momento da entrada do inventário. Assim, se passará a discorrer sobre o direito moderno.

O direito hoje, tem uma visão diferenciada da visão que se tinha antigamente. Hoje, ele é enxergado como uma forma de enriquecer o Estado através do imposto causa (VENOSA, 2013, p. 05).

Sobre o direito moderno, dispõe Venosa (2013, p. 04):

Como vimos, se hoje o direito moderno só vê a sucessão *causa mortis* sob o ponto de vista material, sua origem histórica foi essencialmente extrapatrimonial. Inobstante, hoje a ideia de que o sucessor continua as relações jurídicas da pessoa falecida permanece viva.

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças bastante significativas, que inclui aos direitos fundamentais, o direito a herança e inclusive dá direito a herança, a todos os filhos e ao cônjuge. (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Desta forma, com a adoção do imposto sobre as heranças e legados, como afirma Berenice Dias, há um interesse fiscal em atribuir o pagamento de impostos quando da transferência patrimonial. (2008, p. 28).

Atualmente, o próprio Estado tem interesse na família, conforme afirma Dias (2008, p. 24):

O próprio Estado tem interesse na manutenção da família, pois com isso se desonera do compromisso de garantir aos seus cidadãos o leque de direitos que lhe são assegurados na Constituição. Ora, se a própria família dispõe de meios para garantir o sustento de seus membros, o Estado se vê livre desse encargo. Aliás, não é por outro motivo que a família é considerada a base da sociedade, sendo-lhe assegurada proteção especial.

Ainda, Gonçalves (2011, p. 24) relata que com a introdução da Lei 10.409 de 2002, que instituiu o Código Civil vigente, traz inúmeras inovações, sendo aquela de maior destaque, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e este, concorre com os descendentes e ascendentes.

Pereira (2005, p. 14) apud Gonçalves (2011, p. 24), conceitua que a propriedade é:

Assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o artigo 299 da Constituição Federal de 1988. Visa, então, a transferência hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.

Hironaka (2003, p. 20) apud Gonçalves (2011, p. 29), aponta que o Direito Sucessório atual, visa o direito de família, com o intuito de proteger, uni-la e perpetua-la.

#### **2.4. Regras do inventário e da partilha**

Este tópico tratará das regras do inventário e da partilha, tratando do foro para a propositura e dos prazos, tentando-se demonstrar aqui, como é feito o processo de inventário e da partilha, pois o estudo de ambos os institutos é primordial para que se tenha um melhor entendimento do direito sucessório e consequentemente, sua aplicação.

O inventário possui quatro objetivos: definir a herança, definindo os bens que foram deixados e a quem estes cabem; proceder ao pagamento das dívidas deixadas pelo *de cujus*; cumprir as disposições da última vontade do morto e por fim, partilhar os bens entre os herdeiros. (COELHO, 2006, p. 320)



Gonçalves (2011, p. 480) dispõe que: “A palavra “inventário” deriva do *inventarium*, de *inveniere*, que significa achar, encontrar, sendo empregada no sentido de relacionar, descrever, enumerar, catalogar o que “for encontrado”, pertencente ao morto, para ser atribuído aos seus sucessores”.

Rodrigues (2002, p. 286) define o inventário como:

Inventário é o processo judicial que se destina a apurar os bens deixados pelo finado, a fim de sobre o monte proceder-se à partilha. No inventário se verifica qual o patrimônio do *de cujus*. Cobram-se as dívidas ativas. Pagam-se os débitos. Calcula-se o valor do espólio. Pagam-se os impostos sucessórios. Pagam-se os legados. E, ao final, procede-se a partilha.

Nota-se que somente com o inventário será possível à efetiva aquisição da herança por aqueles que tenham direito de acordo com a quota que lhe cabe. (DINIZ, 2005, p. 367)

Inventário no sentido amplo é onde se avalia os bens deixados pelo morto e onde é feita a partilha entre os herdeiros. (GONÇALVES, 2011, p. 481)

Acerca do foro para propositura do inventário, se fará breve explanação sobre as regras que o ordenamento jurídico brasileiro impõe.

O foro competente para a propositura do inventário é o último domicílio do morto. Se este teve mais de um domicílio, determina a lei que o foro seja o último. Assim, as partes não poderão eleger o foro. Os bens localizados no Brasil terão foro no território nacional, ainda que o falecimento tenha sido fora do Brasil. (VENOSA, 2013, p. 39)

Nos casos em que o autor da herança não tenha domicílio certo o foro será o da situação dos bens. Para os bens situados no Brasil será competente apenas Juiz brasileiro. A lei brasileira será aplicada quando esta for mais favorável para ao cônjuge brasileiro quando o falecido for estrangeiro. (VENOSA, 2013, p. 40)

Ainda, para a propositura do inventário deverá cuidar-se do prazo, pois o legislador decidiu com acerto ao impor uma multa quando este for proposto fora do prazo, obrigando assim a todos realizar inventário quando ocorrer à morte de alguém.

O prazo para propositura do inventário está previsto no artigo 983 do CPC, *in verbis*:

Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Acerca do prazo para propositura do inventário, afirma Rodrigues (2002, p. 286) que:

Determinar, ainda, a lei que o inventário deve ultimar-se nos seis meses subsequentes (CPC, art. 893), prazo impossível de ser cumprido, pelo menos nos tribunais brasileiros, dada a sobrecarga de processos e a lerdeza da Justiça. Todavia, a desobediência a esse prazo não encontra, na prática, sanção, pois o inventariante só será punido pelo atraso se ficar demonstrada sua culpa, o que dificilmente se dá.

A legislação brasileira cuida ainda, em descrever quais são as pessoas legitimadas a propor a Ação de Inventário.

O Código de Processo Civil trata da legitimidade para a propositura do inventário nos artigos 987 e 988 respectivamente:

Art. 987. A quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, no prazo estabelecido no art. 983, requerer o inventário e a partilha.

Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança.

Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:

I - o cônjuge supérstite;

II - o herdeiro;

III - o legatário;

IV - o testamenteiro;

V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

VII - o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;

VIII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Rodrigues (2002, p. 287) explica que o inventário sempre será requerido com a apresentação da certidão de óbito do *de cujus*, e no momento da abertura deste, o juiz nomeará o inventariante, que é o representante e administrador do espólio.

Se por acaso o juiz tenha conhecimento do falecimento do *de cujus* e este tenha deixado bens, cabe a ele instaurar o processo de inventário no prazo legal. (GONÇALVES, 2011, p. 488).

Acerca da partilha, inicia-se breve estudo sobre esse instituto do direito sucessório.

Pagos os encargos e as dívidas, inicia-se a partilha. A partilha é uma etapa do inventário onde se procede à repartição do patrimônio igualmente para cada herdeiro. (RIZZARDO, 2008, p. 713)

A partilha acontece quando findado o inventário. A figura do espólio desaparece, sendo substituída pelo herdeiro a quem coube o direito de herança. (GONÇALVES, 2011, p. 552)

A partilha poderá ser de forma amigável, quando os herdeiros forem maiores e capazes, nos autos do próprio processo de inventário ou por escritura particular homologado pelo juiz. Deverá a partilha ser feita obrigatoriamente na via judicial, quando houver divergências entre os herdeiros ou houver herdeiro menor ou incapaz (VENOSA, 2013, p.396 - 397)

Para Rodrigues (2002, p. 298) a regra da partilha é cada herdeiro receber a sua parte igualmente entre bens móveis e imóveis, partilhando-se assim o bom e o ruim.

Venosa (2013, p.725) entende que é um dos efeitos da partilha é a definição da titularidade dos bens e concretizar a posse de cada herdeiro.

Para que se tenha conhecimento acerca da partilha, deve-se observar as regras impostas pelo legislador para que a mesma possa acontecer.

Dispõe o C.C no artigo 2.017 que:

Art. 2.017. No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível.

Observa-se portanto, que a exigência feita pelo artigo 2.017 do C.C não obriga todos os herdeiros fiquem com a parte ideal de cada bem partilhado. (GONÇALVES, 2011, p. 560)

Para Rodrigues (2002, p. 298):

A ideia inspiradora da regra (CC, art. 2.017) é a de que não só os quinhões dos vários herdeiros devem ser equivalentes, como também devem, dentro do possível, compor-se de bens de igual natureza e qualidade. Assim, convém que cada herdeiro receba parte igual em móveis e imóveis, em créditos e ações, em coisas certas e coisas duvidosas, partilhando-se, igualmente, o bom e o ruim. Um sistema aconselhável, quando dois são os herdeiros, é o de ajustar-se que um deles comporá os quinhões, para que o outro escola.

Verifica-se então que o instituto da partilha serve para que não haja litígios futuros, pois os herdeiros recebem sua quota igualmente, pelo quinhão que lhe cabe.

### 3. FIANÇA

Após o estudo da apresentação do histórico e dos conceitos sobre a sucessão, tratando das regras sobre o inventário e partilha, far-se-á neste capítulo, um breve estudo sobre a fiança, uma vez que a mesma também é objeto do presente trabalho.

A fiança é uma modalidade de contratos, sendo estudada neste presente para que se tenha maior compreensão acerca deste instituto, observando suas regras e seus fundamentos para que assim, se obtenha êxito na conclusão do presente trabalho.

#### 3.1. Conceito e natureza jurídica

Pode-se dizer que na fiança existe a confiança do credor em relação ao fiador, mesmo está sendo apenas uma garantia a mais, acredita-se que não havendo o adimplemento do devedor principal, aquele que ficou de fiador, assumirá a obrigação e irá adimplir a obrigação.

Quanto à natureza jurídica da fiança, entende-se que é de natureza acessória, pois advém de uma obrigação principal.

Neste item, buscar-se-á fazer um breve estudo sobre esses dois assuntos, tratando-se primeiramente do conceito da fiança.

Quando há uma obrigação, a mesma deve ser cumprida. É dever do credor verificar se o devedor tem patrimônio suficiente para cessar a obrigação, ou garantir que não será prejudicado, caso o devedor sofra uma diminuição patrimonial no decorrer da obrigação. Assim, o ordenamento prevê formas de garantia de cumprimento da obrigação, uma delas é a fiança. (VENOSA, 2014, p. 471)

Portanto, a fiança trata-se de um contrato acessório para que o credor tenha garantia, através de terceiros, que a obrigação será cumprida pelo devedor. (LISBOA, 2005, p. 29).

Coelho (2007, p. 244) afirma que a fiança:

É um contrato de garantia. Isso não significa que a fiança sempre está ligada a outro contrato, com vistas a atenuar o risco de inadimplemento de uma de suas partes. O contrato cuja execução a fiança visa garantir

denomina-se principal. A fiança outorgada em favor do locatário, para garantir as obrigações dele contraídas junto ao locador, está ligada ao contrato de locação, que é o principal. Não existe a fiança como um contrato que se constitua por si mesmo

Para Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 628): “A fiança é um contrato meramente acessório, pelo qual um terceiro (fiador) assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer”.

Entende-se por fiança a garantia de pagamento ao credor, mediante promessa de terceiro, ou seja, ela serve para garantir a boa vontade do devedor de cumprir com a obrigação. (DINIZ, 2005, p. 572)

A fiança figura como um elemento de garantia ao credor para que caso o devedor não venha a cumprir com sua obrigação, este possa voltar-se contra o fiador para garantir a quitação de da obrigação. (RODRIGUES, 2004, p. 357)

Diniz (2005 p. 573) define a fiança como:

A fiança ou *caução fidejussória* vem a ser a promessa, feita por uma ou mais pessoas, de satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento (CC, art. 818). Portanto, haverá contrato de fiança sempre que alguém assumir, perante o credor, a obrigação de pagar a dívida se o devedor não o fizer. É um negócio entabulado entre credor e fiador, prescindindo da presença do devedor, podendo até mesmo ser levado a efeito sem o seu consentimento.

A fiança nada mais é do que uma garantia real ou fidejussória que não exige a participação obrigatória do devedor no que tange a estipulação da fiança. Porém, isso não significa que o devedor não terá ciência da garantia, pois isto seria uma afronta ao princípio da boa fé objetiva. (GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 623).

Para Gonçalves (2013, p. 558), a fiança é:

O contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar ao credor o que este deve a um terceiro. Alguém estranho à relação obrigacional originária, denominado fiador, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não solva o devedor.

Assim, entende-se por fiança como uma garantia dada ao credor, por um terceiro à relação contratual, de que a obrigação será cumprida. (DINIZ, 2005, p. 572)

Em relação à natureza jurídica da fiança, se tratará a partir de então, conforme o entendimento de alguns doutrinadores.

A natureza jurídica da fiança é acessória. Ela advém da existência de um contrato principal, cuja execução depende do não cumprimento deste, pelo devedor. (GONÇALVES, 2013, p. 558).

É contrato acessório, pois depende de um contrato principal, visando assegurar que este seja cumprido. (RODRIGUES, 2004, p. 358)

O caráter da fiança é acessório, podendo esta ter valor inferior ao da obrigação principal, não podendo, entretanto, ter valor superior, pois o acessório não pode exceder o principal. Quando isto acontece, a fiança não se torna nula, apenas o excesso desta, reduzindo-a ao montante da obrigação. (GONÇALVES, 2013, p. 559).

Para Rodrigues (2004, p. 359) a fiança é um contrato solene, pois é feito de forma escrita, nas definições da lei e sua validade depende de outorga uxória.

Venosa (2014, p. 472), entende que a fiança tem sua natureza jurídica inserida no gênero caução:

A fiança é espécie inserida no gênero caução. Caução é toda modalidade de garantia. Nem sempre esse termo é utilizado com precisão. As formas usuais de caução são a real e a fidejussória ou pessoal. A caução real constitui-se de bens móveis ou imóveis destacados para garantir uma obrigação. Assim se colocam o penhor, hipoteca e a anticrese, bem como as cauções prestadas no curso de processo a fim de garantir eventual direito ou prejuízo da outra parte. A fiança, garantia fidejussória, é típica garantia pessoal, baseada na confiança, fidúcia depositada na pessoa do garante, o fiador.

Para Venosa (2014, p. 472), as cauções possuem um papel importante na circulação de riquezas. Embora nosso ordenamento tenha previsão de diversas outras formas de garantia, a fiança é a mais utilizada por ser formalizada de maneira mais prática, sendo esta então, a preferência das partes, em geral.

Outro fator que torna a fiança de maior preferência das partes é o fato da gratuidade, uma vez que o fiador, em regra, auxilia o afiançado de favor, não cobrando nada por isto. (GONÇALVES, 2013, p. 560).

Entretanto, nada impede que o fiador exija algo em troca. É o que acontece hoje no comércio bancário, onde os bancos assinam termos em favor de

seus clientes, exigindo apenas uma percentagem sobre o valor ao qual está dando garantia, é a chamada fiança bancária. (RODRIGUES, 2004, p. 359)

Por fim, Gonçalves (2013, p. 561) institui: “A fiança é contrato *personalíssimo* ou *intuitu personae*, porque celebrado em função da confiança que o fiador merece”.

### 3.2. Modalidades e efeitos da fiança

Neste item será tratado das modalidades da fiança, ou seja, poderá ser entendido como é feita sua divisão.

Após, irá se tratar da fiança e suas modalidades de acordo com o atual Código Civil.

Para Gonçalves (2013, p. 561), a fiança se divide em três espécies:

A fiança pode ser *convencional*, *legal* e *judicial*. A primeira resulta de acordo de vontades, que deve necessariamente ser escrito. A segunda é imposta pela Lei (CC, arts. 1.400, 1.745, parágrafo único etc.). E a terceira, determinada pelo Juiz, de ofício ou a requerimento das partes (CPC, arts. 475-o, 925, 940 etc).

Diniz (2005, p. 578), entende que deve ser feita uma distinção em relação às modalidades da fiança e as divide em objeto e forma: em relação ao objeto, as espécies são *Civil* - quando o devedor afiançado não é comerciante ou a fiança não é de natureza mercantil – e *Comercial*, se o devedor afiançado for comerciante ou o objeto da fiança for causa mercantil. Quanto a sua forma, a fiança poderá ser: *Convencional*: se for espontaneamente da vontade do devedor ou credor, mesmo sem anuência do devedor; *Legal*: se ocorre conforme as disposições da Lei e *Judicial*: se for oriunda de uma exigência do processou o de uma imposição judicial.

No entendimento de Venosa (2014, p. 476):

Pode ser convencional, legal, judicial, e bancária. *Convencional* é a resultante de contrato escrito. Ainda que inserida em outro contrato, embora acessória, a fiança é contrato com regras autônomas, como por exemplo, no contrato de locação, quando o fiador nele apõe sua assinatura, juntamente com locador e locatário, assumindo a garantia. A *fiança legal* é a decorrente da lei, que pode exigí-la previamente para determinados atos ou atividades, *Judicial*, a determinada pelo juiz, de



ofício ou a requerimento das partes. A fiança *bancária* é a modalidade de fiança convencional judicial, a fiança constitui-se de ato unilateral, sem conteúdo contratual. Não obstante, para dirimir suas questões, serão chamados à baila os dispositivos que regem o contrato típico, se não houver norma particular para a espécie.

Rodrigues (2004, p. 358) afirma que a fiança pode ser convencional ou judicial.

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 635), entendem que as espécies de fiança são apenas duas: Civil e Criminal. A civil trata da relação jurídica contratual, que é feita entre o credor da obrigação e o sujeito garantidor, que com seu patrimônio pessoal, visa a garantir que não haja descumprimento da obrigação do devedor. Já a criminal, não vem a garantir o cumprimento de uma obrigação, mas sim o direito de liberdade do acusado, na presunção de sua inocência, até o trânsito em julgado do processo penal.

Ainda, para um maior esclarecimento Mirabetes (2000, p. 408), sobre a fiança penal:

A fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória: se o acusado está preso, é solto; se está em liberdade, mas ameaçado de custódia, a prisão não se efetua. É uma contracautela à prisão provisória, pois a substitui, destinada a impedir que a dilação do inquérito policial e do processo condenatório cause dano ao *jus libertatis* do iniciado ou réu e a assegurar a sua presença no processo e o pagamento de custas, do dano e da pena multa. Os artigos 322 a 350 regulam a fiança, direito subjetivo constitucional, que denegado constitui constrangimento ilegal à liberdade de locomoção (art. 648, V) e crime de abuso de autoridade (art. 4º, “e” da Lei 4.898/95).

Contudo, não se deve confundir a fiança civil com a criminal, pois embora nas duas espécies o objetivo seja o de garantir, na civil a presença de um terceiro é necessária, enquanto na criminal ela é facultativa. (GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 636).

Ainda dispõem Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 636):

Talvez um bom exemplo de pagamento realizado por terceiro em seu próprio nome seja o da fiança criminal. De fato, se, na fiança civil, o terceiro (fiador) que paga a dívida, o faz por ter interesse na relação jurídica principal; na fiança criminal, quem presta a fiança, em seu próprio nome, para obter a liberdade provisória do acusado, definitivamente não tem nenhum vínculo com a relação jurídica estabelecida. Assim, para efeitos meramente didáticos, podemos afirmar que o pagamento da fiança

civil é um caso típico de pagamento por terceiro interessado e o pagamento da fiança criminal de um adimplemento por terceiro não interessado, que terá o direito de ser ressarcido do valor, no caso da quebra e perda da fiança.

Lisboa (2005, p. 468), divide a fiança em legal e convencional: “A fiança legal, é determinada para garantia de bens e direitos. A fiança judicial, como sucede nas ações possessórias, para os efeitos de reintegração”.

Assim, como já se tratou das modalidades da fiança, passará a se fazer um breve estudo sobre os efeitos da fiança, pois os seus efeitos poderão alcançar todas as partes, desde o credor, até o fiador, que será um dos prejudicados, caso o devedor não cumpra com a sua obrigação.

Quando as partes firmam o contrato de fiança, gera-se efeitos tanto para as partes contratantes (credor e fiador) quanto para o devedor. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 638)

O primeiro efeito da fiança a tratar-se é o benefício de ordem.

O benefício de ordem é um direito de o fiador acionar primeiramente o devedor, garantindo assim, que os bens destes sejam executados primeiramente. (DINIZ, 2005, p. 580)

O benefício de ordem está previsto no artigo 827 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Entende-se assim que o fiador deve invocar o benefício de ordem até a contestação e na oportunidade, nomear os bens do devedor livres e desembargados para que assim, se proceda à solvência. (DINIZ, 2005, p 580)

O benefício de ordem não poderá ser invocado pelo fiador nos termos do artigo 828 do Código Civil:

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

- I – Se ele renunciou expressamente;
- II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;
- III – se o devedor for insolvente, ou falido

A renúncia é quando o fiador abdica do seu direito de indicar preferencialmente os bens do devedor, assim caso seja demandado primeiro não poderá se opor. (GLAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 640)

Gonçalves (2013, p. 567) aponta o Enunciado 364, aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal que dispõe: “no contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão”.

Outro efeito da fiança, é a solidariedade entre os cofiadores, que é quando se tem uma obrigação, onde existe mais de um fiador, onde cada um poderá arcar com a sua parte afiançada.

Dispõe Rodrigues (2004, p. 361) que: “se a fiança for prestada por dois ou mais fiadores, sem se especificar a parte da dívida que cada qual garante, determina a lei sua solidariedade”.

O chamado *benefício de divisão* está previsto no artigo 829 do Código Civil, que trata da solidariedade entre os fiadores quando a fiança for prestada por mais de um fiador relativa ao mesmo débito. (VENOSA, 2013, p. 477)

Se a mesma dívida contiver vários fiadores, em contratos separados, o credor poderá acionar o fiador que escolher. (GONÇALVES, 2013 p. 569)

Sobre a sub-rogação, dispõe Venosa (2013, p. 479):

Se a fiança for conjunta, o garante que pagar também terá direito à sub-rogação. Se, porém, acionar os demais fiadores, somente poderá fazê-lo para obter de cada um a respectiva quota (art. 831). Na falta de estipulação, presume-se que detenham quotas iguais. Pode ocorrer que, insolvente o devedor garantido, não reste ao fiador *solvens* outra alternativa que não a de acionar os demais cofiadores, repartindo o prejuízo. Sob este prisma aplicar-se-á a referida dicção legal. De acordo com o parágrafo único do art. 831, se um dos fiadores cair em insolvência, sua parte na garantia será absorvida pelos demais; isto é, todos os fiadores solventes compartilham do prejuízo pela citada insolvência. Sempre será possível, porém o regresso contra o afiançado, mesmo na hipótese de os vários fiadores terem reciprocamente efetuado pagamentos.

O efeito de sub-rogação acontece quando há solidariedade entre os fiadores, sendo que cada um poderá especificar sua parte afiançada. Desta forma, quando apenas um fiador pagar integralmente a dívida, este terá direito de

demandar ação contra os outros fiadores respondendo cada um respectivamente pela sua quota. (GONÇALVES, 2013, p. 568)

Venosa (2013, p. 479), afirmar que embora a sub-rogação possa ser feita, em regra, apenas quando há a discriminação da quota de cada fiador, quando não houver a quota discriminada, presume-se que os fiadores tenham cotas iguais.

### **3.3. Requisitos e extinção da fiança**

Os requisitos da fiança, pode ser subjetivos e objetivos. Este determinará se o contrato da fiança tem ou não validade jurídica.

A extinção da fiança pode ocorrer de várias formas, analisaremos cada uma delas neste tópico.

Será iniciado este tópico estudando-se os requisitos da fiança.

Para que o contrato de fiança seja um contrato com validade jurídica, deve se observar os requisitos. (DINIZ, 2005, p. 575).

Em regra toda e qualquer pessoa pode prestar fiança. Porém, algumas pessoas estão limitadas a prestar fiança. (VENOSA, 2013, p. 471)

Gonçalves (2013, p. 563) explica as restrições para se prestar fiança:

Assim, não podem prestar fiança certas pessoas, em razão de ofício ou função que exercem, como agentes fiscais, tesoureiros, leiloeiros (Dec. N. 21.891, de 19-10-1930, art. 30), tutores e curadores pelos pupilos e curatelados etc. Outras vezes a restrição alcança as entidades públicas. O governador, por exemplo, não pode prestar fiança sem autorização da Assembleia Legislativa; as autarquias não podem ser fiadoras, salvo as instituições de previdência social na locação de casa ocupada pelos seus associados (Dec. – Lei n. 1.308, de 31-05-1939); e as unidades militares também não podem ser fiadoras em favor dos oficiais e praças que as compõem.

Diniz (2005 p. 575) afirma que o requisito primordial para a prestação da fiança é o fiador ser maior e capaz e possuir anuência do cônjuge, exceto aqueles casados no regime de separação total de bens.

Já os analfabetos e os deficientes visuais, não estão impedidos de prestar fiança, mas necessitam de escritura ou procuração por instrumento público para possuírem legitimidade. (VENOSA, 2013, p. 471)

Além da legitimidade, se faz necessário o consentimento do credor. Assim, o devedor é dispensado, uma vez que o contrato é firmado entre o credor e o fiador para que sejam assegurados os direitos do credor. (DINIZ, 2005, p. 576)

Por ter a fiança natureza acessória, sua eficácia irá depender da validade da obrigação principal. Assim, caso a obrigação principal for nula, nula também será a fiança. A fiança poderá ter como objeto uma obrigação futura, porém o fiador só será demandado após a obrigação se tornar líquida e certa porque o acessório vai seguir a obrigação principal. (GONÇALVES, 2013, p. 565)

A fiança não poderá ultrapassar do montante do débito principal nem poderá ser mais onerosa. (DINIZ, 2005, p. 577)

O Código Civil atual exige que a fiança seja feita de forma escrita, podendo ser assinada por instrumento público ou particular. (DINIZ, 2005, p. 577)

A extinção da fiança pode ocorrer de várias formas, entretanto, será analisada brevemente cada uma delas.

Primeiramente, se tratará das causas terminativas da fiança, ou seja, as causas previstas em lei que possam levar à fiança a cessação.

A fiança poderá ser extinta por causas terminativas de obrigações em geral, como extinção da dívida principal, quando o devedor faz o pagamento diretamente, ou pelo pagamento indireto. (DINIZ, 2005, p. 583)

Como a fiança é uma obrigação acessória, ela segue a obrigação principal. Então, uma vez que aconteça qualquer eventualidade que cessa a obrigação principal, a fiança será extinta conjuntamente. Um exemplo é o devedor afiançado ter a obrigação de dar coisa certa e ela se perde eventualmente. A obrigação principal será desconstituída assim como a fidejussória, não podendo então, o credor demandar a entrega da obrigação. (COELHO, 2007, p. 260)

Entretanto, a exceção desta regra está prevista no artigo 824 do Código Civil que dispõe que quando a nulidade se der por incapacidade do devedor não contaminará a fiança permanecendo esta válida:

Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Portanto, conclui-se que por mais que a fiança tenha caráter acessório, ela pode ser extinta pelas mesmas causas de gerais de extinção das obrigações (GONÇALVES, 2013, p. 571)

A fiança poderá ser extinta também, por alguns atos praticados pelo credor, o qual se apresentará agora.

Para Coelho (2007, p. 261) há dois atos praticados pelo credor que levará a extinção da fiança, quais sejam: provocar a impossibilidade de sub-rogação do fiador e retardar a execução movida contra devedor, quando houver o benefício de ordem.

Quando o credor torna impossível a sub-rogação, ainda que o valor devido fosse pago, o fiador já não poderá ter as mesmas garantias ou privilégios. (GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 657)

O artigo 839 do C.C trata da exoneração do fiador quando houver o retardamento da execução, *in verbis*:

Art. 839. Se for invocado o benefício da excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados era, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada.

Então, quando o credor retarda a execução e o fiador houver garantido seu benefício de ordem, e os bens nomeados eram suficientes para solucionar a obrigação, ficará exonerado o fiador. (COELHO, 2007, p. 261)

Ainda, levará a fiança à extinção nos casos em que acontecem a dação em pagamento.

Rodrigues (2004, p. 364) entende que: “A dação em pagamento, consentida pelo credor, põe termo à dívida, extinguindo, portanto, a fiança, que constitui obrigação acessória”.

Se o credor aceitar receber do devedor, como forma de pagamento, objeto diverso daquele acordado irá se extinguir a fiança. (COELHO, 2007, p. 261)

Ainda que o objeto da obrigação seja pedido por evicção que se dá pagamento indireto, extinguindo a obrigação principal, a obrigação acessória não se revigora (GONÇALVES, 2013, p. 571)

Assim, conforme entende Rodrigues (2002, p. 363), a fiança é um contrato acessório que se extingue quando o contrato principal encontra seu termo.

O fiador pode para que tenha conhecimento da extinção da fiança, opor as exceções que extinguem as obrigações para que estas sejam próprias, se não provierem da incapacidade pessoal do mesmo.

Em suma, a extinção da fiança dar-se-á pela expiração do prazo determinado para sua vigência, ou quando não houver, assim que ser conveniente ao fiador; Quando houver a existência de exceções ou pelo retardamento do credor. (DINIZ, 2005, p. 586)

## **4. O PAGAMENTO DA FIANÇA E O ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA**

No primeiro capítulo discorreu-se sobre a sucessão, tratando-se do seu histórico, seu conceito e a relação do princípio da igualdade entre os herdeiros.

Já no segundo capítulo, foi realizado um estudo sobre a fiança, seu conceito, legitimidade e sua extinção.

Partindo destes estudos, muito embora esta não seja uma discussão constante nos tribunais, neste capítulo será discutido o pagamento da fiança como adiantamento de legítima, baseando-se no princípio da igualdade previsto na CF.

Assim, é importante tratar do princípio da igualdade no direito sucessório.

### **4.1. O Princípio da Igualdade e sua aplicação do Direito Sucessório**

A Constituição Federal de 1988 trata a Igualdade como direito fundamental, em seu artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Isso significa dizer que a lei pode ser submetida a qualquer pessoa, pela autoridade competente, sem nenhuma discriminação, como por exemplo, o sexo, a condição social ou a cor da pele. (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 82).

Antigamente, a ideia de igualdade entre os homens, foi debatida por vários pensadores. Muitos defendiam que é a diferença que caracterizavam a espécie humana, desta forma, fica impossível criar uma estrutura estatal capaz de atender a todos os seus cidadãos igualmente. O que é possível é a igualdade das pessoas perante a lei. (SIQUEIRA; OLIVEIRA, 2007, p. 25).

Para Alexy (2008, p. 394):

O dever de igualdade na aplicação da lei apresenta uma estrutura de forma complicada, por exemplo, quando exige a elaboração de regras vinculadas ao caso concreto, seja para a precisa determinação de conceitos vagos, ambíguos, e valorativamente abertos, seja para o exercício de discricionariedade.

É por meio das diferenças e das necessidades diversas entre as pessoas que se alcança a igualdade. A igualdade não é um ponto ideológico, ela



serve para que se chegue num ponto de justiça social, objetivando o reconhecimento da cidadania. (SIQUEIRA; OLIVEIRA, 2007, p. 23).

Assim, não se pode exigir que todos sejam tratados da mesma forma, porém não se pode permitir a diferenciação e distinção. O igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente. (ALEXY, 2008, p. 399).

No entendimento de Piovesan (2003, p. 203):

A implementação do direito à igualdade é tarefa essencial a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa igualdade - a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares.

O que se pode verificar é que a ideia de estado está diretamente ligada ao princípio da igualdade, uma vez que o mesmo tem relação direta com o poder e deve manter a igualdade de todos aqueles que lideram. Neste sentido, o legislador deve integrar-se no pensamento constitucional e ater-se aos valores por eles perfilhados. Sendo o princípio da igualdade e não da desigualdade, deve executar as próprias normas constitucionais no sentido mais afastado do privilégio e da discriminação (MIRANDA, 2006, p. 46 e 47).

Gasparini (2012, p. 74), dispõe sobre a igualdade:

Todos devem ser tratados por ela igualmente tanto quando concede o benefício confere isenções ou outorga vantagens como quando prescreve sacrifícios, multas, sanções, agravos. Todos os iguais em face da lei também são perante a Administração Pública. Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais. Se iguais nada pode discrimina-los. Impõe-se aos iguais, por esse princípio um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. É princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da Administração Pública direta e indireta. É, assim, um dois direitos individuais consagrados tanto à proteção dos brasileiros como de estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica.

Neste sentido, vale citar as palavras do filósofo Hans Kelsen (1994, p. 123):

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na

Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, inclusive no que se refere às diferentes formas de constituição de família.

O princípio da igualdade está diretamente ligado ao direito sucessório, uma vez que para Venosa (2013, p. 291), não havendo testamento, as quotas devem ser divididas igualmente.

Deste modo, não deve haver diferença entre os filhos naturais, legítimos e adotivos, quando a direitos, ao poder familiar, alimentos e na sucessão. (DINIZ, 2007, p. 21).

O que se observa, é que não deve haver qualquer distinção entre os filhos. Todos devem ser tratados de forma igual, devem receber tratamento igual de forma material e forma. (GIANCOLI, 2009, p. 223).

Sobre o princípio da Igualdade, Gonçalves (2013, p. 24):

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Tartuce e Simão (2013, p.14), entendem:

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

Dias (2007, p. 63), ressalta que deve haver igualdade entre os bens dos filhos, não devendo assim, haver diferença na hora da partilha dos bens.

## 4.2. Da doação e da fiança como adiantamento da legítima

Tratando do princípio da igualdade no direito sucessório, chega-se ao objeto de estudo da presente monografia, onde se explicará o porquê da fiança poder ser entendida como adiantamento da legítima e por que isso fere o princípio da igualdade, que é um dos princípios basilares da CF de 1988.

Assim, conforme dispõe o artigo 544 do C.C de 2002, a doação entre ascendente e descendente importa adiantamento da legítima:

Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge ao outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

O Código Civil, mesmo não dando conceito ao adiantamento de legítima, especificando-a, dispõe que a doação de ascendente a descendente importa adiantamento de legítima.

A doação feita de ascendente a descendente nada mais é do que adiantamento da legítima, impondo assim, o dever de levar a colação. (Rizzardo, 2008, p. 670)

Rodrigues (2002, p. 308) conceitua colação como: “Dá-se o nome *colação* ao ato de retorno ao monte partível das liberalidades feitas pelo *de cuius*, antes de sua morte, a seus descendentes. Seu fim é igualar a legítima desses herdeiros e do cônjuge sobrevivente”.

Colação é o ato pelo qual os descendentes concorrentes à sucessão do ascendente declaram, no ato do inventário, os bens doados que receberam em vida deste. (GONÇALVES, 2011, p. 537)

Para Leite (apud Venosa, 2013, p. 381) colação é: “o ato de reunir ao monte partível quaisquer liberalidades recebidas do *de cuius*, pelo herdeiro descendente, antes da abertura da sucessão”.

Diniz (2005, p. 401) a colação é:

Uma conferência dos bens da herança com outros transferidos pelo *de cuius*, em vida, aos seus descendentes quando concorrerem à sucessão do ascendente em comum, e ao cônjuge sobrevivente, quando concorrer com descendente do *de cuius*, promovendo o retorno ao monte das liberalidades feitas pelo autor da herança antes de finir, para uma equitativa apuração das quotas hereditárias dos sucessores legitimários,

Os descendentes que, por exemplo, receberam liberalidades em vida do autor da herança têm a obrigação e conferi-las após a abertura da sucessão, no curso do inventário (CPC, arts. 1.014 e 1.016), sob pena de serem sonegadores (CC, art. 2002)

Coelho (2006, p. 322), afirma que mesmo os herdeiros excluídos da sucessão, seja por indignação, renúncia ou indignidade, estão obrigados a levar os bens recebidos através de doação à colação.

Assim, quando um herdeiro recebe do *de cuius* alguma gratificação, seja ela, bem móvel ou imóvel, doações em dinheiro, etc., importarão em adiantamento da legítima devendo ser levado a colação para que a mesma seja igualdade entre os demais herdeiros.

Venosa (2013, p. 382) explica a colação:

A colação, embora inserida dentro das disposições acerca do inventário e da partilha, refere-se tão só aos descendentes, herdeiros necessários. Nada está a impedir, contudo, ao doador, que imponha o dever de colacionar a um herdeiro instituído; porém, aqui a sede é de exame da vontade do manifestante do negócio jurídico. Como se entende que o dever de colacionar é indeclinável, mesmo a renúncia à herança ao exime o renunciante. Este está obrigado a trazer o bem à colação, devendo repor o excedente da legítima mais a metade disponível ao monte, como qualquer outro herdeiro descendente donatário. Porque isso acontecendo, o herdeiro teria recebido mais do que poderia receber por testamento, em prejuízo dos demais herdeiros. O mesmo princípio é aplicado ao indigno, assim excluído da sucessão (art. 2008 e art. 1.015 do CPC). Não são herdeiros, mas seus atos não podem prejudicar os demais descendentes que concorrem à herança.

Quando a doação feita sair da parte disponível da legítima do *de cuius*, o herdeiro não precisará levar o que recebeu a colação.

Para um melhor entendimento, nas palavras de Rodrigues (2002, p. 313):

São dispensadas de colação as doações que o doador que saiam de sua metade disponível (CC, art. 2005), pois, facultando a lei ao testador dispor livremente da metade de seus bens, nada o impede de testar sua quota disponível em favor do beneficiário da liberalidade. Por conseguinte, nada o impede de declarar que a gratificação, levada a efeito em vida, se deve incluir em sua metade disponível, pois é seu propósito melhor aquinhoar determinado herdeiro, em detrimento dos outros.

Desta forma, só haverá dispensa da colação se o doador deixar expresso em seu testamento que a parte da doação deverá sair de sua parte

disponível. O doador poderá usar de sua parte disponível para beneficiar qualquer um dos herdeiros ou qualquer pessoa que ele entenda merecedor. (VENOSA, 2013, p. 381)

Para Coelho (2006, p.323):

Para que o donatário seja dispensado de dar à colação o bem doado, é indispensável que o ascendente doador, consigne, de modo expresso, no contrato de doação, que está praticando a liberalidade à conta da parte disponível de seu patrimônio (CC, art. 2.005). Nesse caso, a doação não prejudica a legítima de nenhum dos outros descendentes, porque o seu objeto poderia ser lícitamente testado, e, portanto, subtraído da herança a que fazem jus. A dispensa de colação, quando não tiver sido feita no próprio instrumento de doação, deve constar de testamento do doador (art. 2006)

Os artigos 2005 e 2006 do CC tratam da dispensa da colação, *in verbis*:

Art. 2005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saíam da parte disponível, contando que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.

Art. 2006. A dispensa da colação pode se outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade.

Verifica-se então que o testamento da liberdade para que se proceda a doação, observado os limites, ou seja, sem prejudicar as legítimas dos demais descendentes. Deve haver assim, o cuidado do doador para não ultrapassar sua parte disponível. (RIZZARDO, 2008, p. 679).

Nos casos em que o doador excede da sua parte disponível, deve se trazer a colação o excesso desta.

Para Rodrigues (2002, p. 323):

Se a doação tiver sido feita à conta da parte disponível do patrimônio do doador, mas seu valor excedeu a metade deste, o excesso deverá ser dado à colação. Para verificar se houve excesso, consideram-se os valores do bem doado e do patrimônio do doador, da época da liberalidade.

Entende-se então que para chegar ao valor, o excesso será apurado e levado em conta no momento da doação, ou seja, se verificará o valor disponível

para doação na época. Se a redução não puder ser feita em espécie ou inexistir o bem, a redução deverá ser feita em dinheiro. (VENOSA, 2013, P. 284)

O artigo 2003 do Código Civil, expressa que a colação deve acontecer para se igualar as legítimas:

Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.

Entende-se então que a colação tem por finalidade corrigir a desigualdade entre os herdeiros, inclusive quando se tratar do instituto da colação, como se mostrará em seguida.

Para Venosa (2013, p. 381), toda doação feita em vida pelo autor da herança deve ser entendida como adiantamento da legítima e deverá ser levada a colação para igualar a legítima de todos os herdeiros.

Como já explanado acima, o princípio da igualdade sustenta o Estado de Direito. Assim, a colação tem por finalidade, igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge.

Assim, fica nítido que o direito das sucessões evita ao máximo qualquer tipo de desigualdade em suas ramificações e em seus institutos.

Então o princípio da igualdade enfrenta duas limitações: a primeira é fazer com que o aplicador do direito aplique este princípio com equidade, e a segunda é o legislador, quando produzir as leis, tratar todos igualmente não deixando nenhuma questão ser tratada de forma indireta, pois assim, o aplicador do direito pode entender viável somente as formas diretas, esquecendo-se da indireta. É o que acontece com a fiança prestada pelo ascendente ao descendente, pois esta não está prevista na legislação.

Almada (1991, apud Rizzardo, 2008, p. 673), explica que as doações, muitas vezes, não aparecem diretamente:

Assim, em nosso direito positivo, são colacionáveis as doações..feitas pelo ascendente e descendente; as dívidas dos filhos pagas pelos genitores; as doações indiretas ou simuladas; as quantias adiantadas para que o descendente adquira coisas (cumprindo seja colacionada apenas a soma, e não os bens com ela adquiridos); os rendimentos de bens do pai desfrutado pelo filho; somas, não módicas, dadas de presente; perdas e danos pagos pelo pai como responsável pelos atos do menor, ou quaisquer indenizações ou multas; dinheiro posto a juros pelo pai em nome do filho; pagamento consciente de uma soma não devida ao legitimário; pagamento de débitos ou fianças ou avais do filho; numerário mutuado ao progenitor; quitação ou entrega do título de dívida contraída pelo filho para com o pai; a remissão de dívida do descendente.

Portanto, entende-se que quando o ascendente quita o débito do descendente em virtude de fiança ou aval, este deve ser levado à colação.

Quando um herdeiro recebe alguma doação de seu ascendente, deverá levar o que recebeu à colação para não ocorrer prejuízo entre os outros herdeiros. Aquele herdeiro que recebeu a doação do autor da herança, deverá leva-la ao processo de inventário, assim evita-se que os demais herdeiros saiam em desvantagem.

Diniz (2005, p. 406-407) elenca o que deve ser levado a colação:

O herdeiros deverar colacionar todas as liberalidades que recebeu em vida do *de cuius*:

- 1º) As doações constituídas pelo ascendentes;
- 2º) doação dos avós aos netos, quando eles concorrerem à herança com tios, primos;
- 3º) doações recebidas pelos pais, quando estes falecerem antes do doador e forem representados pelo sucessor
- 4º) doações verbais de coisa de pequeno valor, embora não seja de uso tal colação;
- 5º) venda dos bem ou doação feita por interposta pessoa, com o intuito de prejudicar a legítima dos herdeiros do autor da herança;
- 6º) recurso fornecidos pelo ascendente, para que o descendente pudesse adquirir bens (RT, 169:801);
- 7º) dinheiro colocado a juros pelo ascendente, para que o descendente pudesse adquirir;
- 8º) quantias desembolsadas pelo pai para pagar débito ao filho;
- 9º) valor da dívida do descendente, remetida pelo pai;
- 10º) gastos de sustento feito com filhos anteriores;
- 11º) montante de empréstimos feitos pelo ascendente ao descendente, sem jamais exigir reembolso;

Fica evidente nos ensinamentos de Diniz, que se por algum motivo o pai dá ao filho algumas das liberalidades elencadas acima, deve-se levar a colação.

Quando se tratou da fiança, no presente trabalho, ficou claro que o fiador fica sub rogado aos direitos do credor, para cobrar do devedor principal sua obrigação.

Essa sub rogação é um direito. Um direito que sai do patrimônio do fiador.

Então, quando falece o ascendente, o descendente deve levar ao inventário os valores recebidos a título de fiança. O Código Civil deixa explícito os bens que não devem ser levados a colação, quais sejam:

Art. 2.010. Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime.

Desta forma, não está proibido pelo artigo que a fiança seja levada à colação.

Para um melhor entendimento, é válido citar um trecho do texto de Almeida Junior, que explica que a fiança deve sim ser entendida como adiantamento da legítima.

Deste modo, se o devedor principal não cumpre com sua obrigação, o bem dado em garantia responderá pela dívida, podendo excutir o bem em hasta pública, após o devido processo de execução judicial.

Assim, poderá um ascendente garantir a dívida de um descendente, hipotecando, empenhando, ou dando em anticrese um bem seu. Isso porque essa garantia pode ser prestada pelo próprio devedor, ou por terceiros.

Neste diapasão, um bem do ascendente poderia ser dado em garantia da dívida de um descendente. Em não sendo honrada a dívida, este bem garantidor poderia ser excutido.

Ter-se-ia, então, a perda de parte da propriedade do ascendente, em favor de apenas um descendente.

Isso, ao nosso sentir, feriria a legítima dos demais herdeiros.

Neste caso, verifica-se que quando há um fiador, e quando o devedor principal não cumpre com sua obrigação de quitar a dívida, será feito um processo de execução contra o fiador, onde seus bens serão executados, quantos forem necessários para que a dívida contraída pelo devedor seja quitada.

Esta redução do patrimônio, para que seja quitada a dívida do devedor, prejudicará os demais herdeiros, uma vez que fica claro que será feita a partilha da totalidade dos bens do *de cuius*.



Assim o princípio da igualdade deverá ser aplicado em todas as leis, inclusive no que concerne no direito sucessório para que a fiança seja entendida como adiantamento da legítima e os herdeiros não saírem em desigualdade.

## CONCLUSÃO

O direito sucessório sofreu ao longo do tempo grandes mudanças.

Como o mesmo trata de um direito sobre as pessoas, ainda que decorra da morte de alguém, ele foi evoluindo de acordo com a evolução da sociedade. Foi-se o tempo em que somente o filho varão recebia total ou metade da herança e os demais herdeiros ficavam sem receber nada.

Com a mudança da sociedade e das legislações, o direito sucessório veio se moldando as novas mudanças e trazendo uma forma mais justa de divisão da herança decorrente da morte do autor da mesma.

Um dos pilares da Constituição Federal de 1988 trouxe significativas mudanças ao direito sucessório.

A busca pela igualdade entre os herdeiros é sem dúvida um importante avanço para o legislador e para a comunidade, visto que, a própria constituição visa igualar todos perante a lei.

O adiantamento e a colação estão previsto na lei a fim de igualar os quinhões entre os herdeiros.

Ao se traçar uma linha tênue entre o direito sucessório e o princípio da igualdade pode-se ver que a busca pela igualdade entre todos os herdeiros é de tamanha repercussão.

A herança deixada pelo de cujus, o patrimônio, é muito importante para se saber o que pode estar incluído na mesma.

Desta forma, ao tratar-se da fiança como adiantamento de legítima, percebe-se que, muito embora o legislador não tenha buscado na lei seca introduzir este instituto como um daqueles que devem ser levado à colação, a doutrina já vem se posicionando do sentido que de que a fiança deve ser levada à colação.

Isto se dá, não somente em detrimento do princípio da igualdade, mas sim por que a doutrina vem se atualizando e acompanhando as mudanças sofridas pela sociedade.

Assim, para que o adiantamento da legítima aconteça, o autor da herança, pratica um ato de liberalidade (a doação), a um herdeiro, este (quando houver a morte do seu ascendente) deverá levar a colação o valor que recebeu a título de doação, uma vez que tal doação constitui adiantamento da legítima.

Quando o doutrinador faz um estudo e a partir de então, passa a entender que o instituto da fiança deverá ser levado à colação, para não ferir o princípio da igualdade, além de estar buscando igualar a legítima entre todos os herdeiros, busca também, fazer uma análise total da lei analisando o que indiretamente quer dizer o legislador a tratar sobre determinado assunto.

A partir desta análise, pode-se se dizer que o estudo proposto no presente trabalho, deve ser objeto de uma maior análise.

Muito embora a questão tratada não seja muito recorrente nos tribunais brasileiros, esta deveria ser analisada, pois em nossa cultura é normal o ascendente ficar de fiador do descendente.

Partindo desta análise então, chega-se a conclusão de que vários herdeiros podem ter saído em desvantagem na hora da partilha dos quinhões, por não se ter um estudo mais apurado deste instituto.

Tamanha é a relevância do tema que deveria ser objeto de estudo de mestrado, para que seja defendida a tese da fiança poder ser entendida como adiantamento de legítima.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008. 669 p.
- ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. 2 ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1991. 4 v.
- ALMEIDA, Jose Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado**. Coordenação de Alvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVIII.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Os contratos de compra e venda, de doação e de permuta entre ascendentes e descendentes**. 2003. Em: <<http://jus.com.br/artigos/3859/os-contratos-de-compra-e-venda-de-doacao-e-de-permuta-entre-ascendentes-e-descendentes#ixzz3ckloePaz>> Acessado em 28 de Mai. De 2015 –A.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Red. Livros, 2000. 451 p.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406: promulgada em 10 de jan. de 2002. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição.htm) Acesso em 08 mai. 2015-A.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869: promulgada em 11 de jan. de 1973. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição.htm) Acesso em 08 mai. 2015-A.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição.htm) Acesso em 15 mar. 2015-A.
- CAHALI, Francisco José; FERNANDES, Giselda Maria; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl 432 p.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 354 p. (Coleção Del Rey; 8)
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed São Paulo: Saraiva, 2005-2007. 5 v.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 656 p.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 334 p.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2005.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. 5 v.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta São Paulo: Saraiva, 2012. 1180 p.
- GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. 321 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2013. 7 v.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. 7 v
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LIMA, Rubiane de. **Manual de direito das sucessões**. Curitiba, PR: Juruá, 2003.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005-2006. 2 v. olhar, na monografia **2006**
- MIRANDA, Jorge. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Portugal: Principia, 2006. 519 p.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed São Paulo: Max Limonad, 2003. 447 p.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Forense, 2008. 811 p.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002-2004. 7.v
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 286 p.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl São Paulo: Método 2013. xviii, 541 p.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v. (Coleção Direito Civil).
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 5. ed São Paulo: Atlas, 2005-2007.