

HERDEIRO APARENTE, EFEITOS DE SEUS ATOS E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

SUPPOSED HEIR, THEIR ACTS AND CIVIL RESPONSABILITIES EFFECTS

*Renato Maia**

RESUMO

Na legislação pátria, inexistente a figura do herdeiro aparente (o qual, juridicamente, nenhum direito tem sobre os bens da sucessão), salvo na hipótese do art. 1.817 do Código Civil, em que se vê apenas o indigno excluído da sucessão.

Tal dispositivo deve ser tido como norma de natureza excepcional, limitado que se acha ao caso de exclusão de herdeiro indigno. Só na analogia, então, seria viável a sua aplicação a outros casos de herdeiro aparente.

Salienta-se que o Código outorga a validade aos atos onerosos de alienação do herdeiro excluído da herança por indignidade, desde que realizados antes da sentença, o que faz título excepcional.

É verdade que o Código em vigor não contém regra especial para o caso. Mas a analogia e os princípios gerais de direito – cuja aplicação a Lei de Introdução ao Código Civil determina ao julgador (art. 4º) – conduzem a solução do problema para o campo do art. 1.817 do Código Civil, que deve ser aplicado não apenas à exclusão de herdeiro indigno, mas também “a qualquer caso de herdeiro aparente”.

Pode-se, do ordenamento, chegar-se a quatro possibilidades de herdeiro aparente: a) o indigno, que é herdeiro; b) o herdeiro aparente, que jamais chegou a sê-lo; o indigno, pela decretação de sua indignidade, perde os direitos que tinha, enquanto o herdeiro aparente não chega a perder aquilo que nunca teve; c) verdadeiro herdeiro, herdeiro legítimo; d) o terceiro de boa-fé, que é o adquirente; a boa-fé do adquirente, na lei brasileira, vale mais que os direitos do verdadeiro proprietário, uma vez que admite a validade da alienação, cabendo ao verdadeiro herdeiro o direito de haver do herdeiro aparente o preço da venda.

Palavras-chave: Herdeiro aparente; Sucessão; Responsabilidade civil.

* Promotor de Justiça. Professor Universitário da FDSM/MG. Mestre e Doutor em Direito Civil Comparado pela PUC/SP.

ABSTRACT

In the homeland legislation, it's inexistent the figure of a supposed heir (where jurisdictionally, no rights are had over the assets of succession), except in the hypothesis of the article 1817 of the Civil Code, where it is only seen the indignant person excluded from the succession.

Such resource, as cited above must be held as an exceptional norm, limited to what is found randomly of exclusion of the indignant heir.

Only in the case of analogy, then it would be feasible its application to other cases of supposed heir.

It's emphasized that the Code gives validity to the alienation onus acts of the excluded heir of inheritance for indignity, since that is done before the sentence, which makes an exceptional title.

It's true that the current Code doesn't have a special rule for the case. But the analogy and the law general principles – whose application, the Civil Code Introduction Law determines to the arbiter (article 4) – lead the solution of the problem to the field of the article 1817 of the Civil Code, which must be applied, not only for the exclusion of the indignant heir but also to “any case of supposed heir”.

It's possible to extract four figures: a) the indignant, who is heir; b) the supposed heir, who has never been, since the indignant, for decree of his/her indignity loses the rights he/she had, while the supposed heir doesn't lose what he/she never had; c) the true heir, legitimate heir; d) the third of good faith which is the person who acquires; the good faith of one who acquires, in Brazilian law, worths more than the true owner's rights, once he admits the validity of alienation, up to the true heir the right to receive from the supposed heir, the sale's price.

Keywords: Colorable heir; Succession; Civil liability.

1. INTRODUÇÃO

Na nossa legislação, inexistente a figura do herdeiro aparente (que, juridicamente, nenhum direito tem sobre os bens da sucessão), salvo na hipótese do art. 1.817 do Código Civil (que no Código Civil de 1916 tinha como correspondente o art. 1.600), no qual se vê apenas o indigno excluído da sucessão.

Esse dispositivo deve ser tido como norma de natureza excepcional, limitada que se acha ao caso de exclusão de herdeiro indigno.

Apenas pela analogia seria viável a sua aplicação a outros casos de herdeiro aparente.

Salienta-se que o Código outorga a validade aos atos onerosos de alienação do herdeiro excluído da herança por indignidade a terceiro de boa-fé, desde que realizados antes da sentença, o que faz título excepcional.

É verdade que o Código em vigor não contém regra especial para o caso. Mas a analogia e os princípios gerais de direito – cuja aplicação a Lei de Introdução ao

Herdeiro aparente, efeitos de seus atos e sua responsabilidade civil

Código Civil determina ao julgador (art. 4º) – conduzem à solução do problema para o campo do art. 1.817 do Código Civil, que deve ser aplicado não apenas à exclusão de herdeiro indigno, mas também “a qualquer caso de herdeiro aparente”.

Ressaltam-se quatro figuras, como possibilidades:

- a) o indigno, que é herdeiro;
- b) o herdeiro aparente, que jamais chegou a sê-lo; o indigno, pela decretação de sua indignidade, perde os direitos que tinha, enquanto o herdeiro aparente não chega a perder aquilo que nunca teve;
- c) o verdadeiro herdeiro, herdeiro legítimo;
- d) o terceiro de boa-fé, que é o adquirente; a boa-fé do adquirente, na lei brasileira, vale mais que os direitos do verdadeiro proprietário, uma vez que admite a validade da alienação, cabendo ao verdadeiro herdeiro o direito de haver do herdeiro aparente o preço da venda.

2. O HERDEIRO APARENTE

Ao se tratar do tema, herdeiro aparente, considera-se a teoria da aparência, como o processo de conciliação entre a equivocada representação das exterioridades e a oculta legitimidade do real.

O legislador até mesmo releva o erro plenamente justificado pela boa-fé, uma vez que supre as nulidades e remove os defeitos.

Herdeiro aparente é aquele que, embora não tenha tal condição, a de ser herdeiro, apresenta-se como tal aos olhos de todos, como sucessor do *de cuius*.

Mário Moacyr Porto¹ define o herdeiro aparente como aquele que, não sendo titular de direitos sucessórios, é tido, no entanto, como legítimo proprietário da herança, sem conseqüência de erro invencível comum.

Para Orlando Gomes², é herdeiro aparente o que se encontra na posse de bens hereditários como se fora o legítimo titular do direito à herança.

A aparência evidencia a realidade, por todos o herdeiro aparente é considerado genuíno herdeiro, por força de erro comum, mesmo quando esteja de má-fé.

2.1 Capacidade e incapacidade sucessórias – casos de herdeiro aparente

Como se pode observar, o herdeiro aparente detém o título hereditário, embora lhe falte condição de verdadeiro herdeiro. Para Caio Mário da Silva Pereira³,

¹ PORTO, Mário Moacyr. Teoria da aparência e herdeiro aparente. *Revista dos Tribunais*, v. 260, p. 14.

² GOMES, Orlando. *Sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 47.

³ PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, p. 40.

pode ser réu na ação o simples possuidor ou detentor dos bens, como aqueles que os conservam na qualidade de herdeiros aparentes, isto é, aqueles que os detêm.

Pode-se vislumbrar a questão do herdeiro aparente, por exemplo, quando, após alguns anos de já aberta a sucessão, é surpreendido o legítimo herdeiro com a existência de testamento do falecido beneficiando terceira pessoa, ou quando o herdeiro testamentário assiste ao rompimento do testamento que o instituiu como herdeiro, vez que há herdeiro necessário. Poderia também ser considerado caso de herdeiro aparente quando este, embora tendo participado da sucessão, inclusive participando do quinhão hereditário, é dela afastado, uma vez que veio a se descobrir novo instrumento testamentário que nomeou outro como seu herdeiro e não mais aquele que se havia beneficiado como o primeiro.

Enfim, existirá a aparência de herdeiro toda vez que em princípio se vê determinada pessoa como herdeiro, mas, por situação alheia, seja por novo testamento ou pela preexistência de outro herdeiro, retiram daquela o estado alcançado de herdeiro.

Ainda, segundo Orlando Gomes⁴, o herdeiro aparente poderá ser de boa ou má-fé.

Considerar-se-á de boa-fé o herdeiro que adquirir tal posição na convicção de ser realmente herdeiro, seja por disposição legal ou por testamento, ou por se ignorar a existência de parente que o preceda na ordem da vocação hereditária, ou quando se supõe válido testamento absolutamente nulo, caso em que se pode até observar desconhecimento de novo testamento revogando o antigo.

Já o herdeiro aparente de má-fé é aquele que não desconhecia obstáculo para poder adquirir a herança, ou então, quando embora realmente não tenha conhecimento, foi negligente quanto à indagação das circunstâncias que ensejaram dúvidas acerca de sua condição hereditária.

2.2 Causas de exclusão do herdeiro: Renúncia, exclusão por indignidade e deserção

Já que o herdeiro é aparente, até pela própria expressão, que assim o considera, surge dúvida se mesmo nesta condição poderia ou não ser excluído, por exemplo, por indignidade. Se fora anteriormente admitido como herdeiro, entende-se possível sua exclusão, aplicando-se assim o art. 1.817 do Código Civil, que em linhas gerais preceitua no mesmo sentido, que são válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro excluído, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar perdas e danos.

⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

Entender não ser possível aplicar ao herdeiro aparente a exclusão por indignidade é um equívoco, uma vez que, antes da exclusão, era visto e tido como herdeiro, portanto proprietário dos bens que herdara, tendo assim pleno domínio sobre os mesmos, inclusive podendo aliená-los.

Segundo Orlando Gomes⁵, o herdeiro aparente poderá ser excluído:

- a) por sentença que o declare indigno;
- b) por ter sido anulado o testamento que o instituíra;
- c) por ter encontrado testamento que não o contemplava;
- d) por haver sido reconhecido o título de herdeiro a alguém que o pretere.

2.3 Procedimento para obter a exclusão

O procedimento judicial adequado para ver excluído o herdeiro aparente será a ação de petição de herança.

A ação de petição de herança pode ser proposta antes ou depois de ser homologada a partilha, uma vez que o julgamento de divisão hereditária não faz coisa julgada em relação ao pretense herdeiro real, já que a ele foi estranha.

Como o verdadeiro herdeiro não participou da divisão de herança, torna-se desnecessária a rescisão da partilha por nulidade absoluta.

Se, contudo, for reconhecida a qualidade hereditária do verdadeiro herdeiro, atual autor, antes de ser formalizada a partilha, refaz-se o processo de inventário.

Questão relevante que surge é quanto à admissibilidade de medidas acautelatórias.

Entende-se serem elas plenamente possíveis, como a reserva de bens em poder do inventariante.

Outra questão é quanto à prescritibilidade da ação. Para alguns, trata-se de ação real, para outros, é ação de natureza pessoal.

Para o já citado Orlando Gomes⁶, ainda que a ação tivesse natureza real, não prescreveria como não prescreve a ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se perde esta pelo não-uso. Busca-se um título de aquisição.

Seu reconhecimento não pode estar trancado pelo decurso de tempo. Há de ser declarado, passem ou não os anos.

⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

⁶ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1967. p. 96.

Assim, acolhe-se a posição, considerando ser a ação imprescritível.

Outro aspecto destacado por Orlando Gomes é que se confundem dois problemas quando se admite a prescrição do direito hereditário ou, mais precisamente, do título herdeiro. O herdeiro aparente pode usucapir os bens recebidos na convicção de que lhe pertenciam por devolução regular. Assim sendo, se o consumo real somente promove a aquisição do título quando já se consumou a usucapião, impossibilitado ficará de recolher os bens.

Nessa hipótese, continua o mestre, a *petitio hereditatis* torna-se inútil, em vista de não se produzir sua conseqüência natural, que é a restituição dos mesmos bens. Não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza.

No direito português, tal questão tem o seguinte entendimento, pelo art. 2.075 do Código Civil português: a ação de petição de herança pode ser intentada a todo tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas. Ainda cabe indagar se suportaria a reserva de quinhão.

A reserva de quinhão só deve ser admitida em relação a herdeiro incluído que tivesse sido contestado na sua qualidade, pois, nessa hipótese, poder-se-ia considerá-lo como se fora admitido. Já o Código de Processo Civil, embora se refira ao herdeiro excluído, defere a retenção (reserva) a quem quer que se julgue preterido, isto é, a qualquer pessoa, não declarada herdeiro pelo inventariante, que se arroge à condição de herdeiro.

Outro aspecto é a ocasião em que, vencido na demanda, deixa de ter qualquer título sobre o espólio – assim, toda e qualquer alienação por ele praticada, em regra, nenhuma eficácia produz, exceção feita com terceiros adquirentes de boa-fé e se o negócio jurídico promovido foi a título oneroso.

2.4 Efeitos da exclusão e a reabilitação do excluído

Para o professor Silvio Rodrigues⁷, a sentença de exclusão retroage para todos os efeitos, exceto para invalidar os atos de disposição praticados pelo indigno perante terceiros de boa-fé, que não podiam antever futura exclusão do ingrato, e, portanto, foram ludibriados por erro comum e invencível, uma vez que acreditaram estar adquirindo os bens hereditários do verdadeiro dono e possuidor.

Assim, há de se respeitar, considerando-os válidos, todos os atos praticados pelo herdeiro aparente.

Quanto à alienação de bens hereditários efetuadas a título gratuito, como as doações e outras liberalidades, embora sejam adquiridos de boa-fé, deverão ser

⁷ RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7, p. 67-69 e 73.

restituídos, pois nada perde o que recebeu de quem não podia dar, considerando-se, assim, nulas as alienações dos bens hereditários efetuadas a título gratuito.

Por sua vez, em se tratando de alienação a título oneroso, são válidas, desde que o terceiro adquirente esteja de boa-fé, pois, se demonstrada a má-fé, a aquisição se torna ineficaz.

Então, há de se distinguir o excluído do herdeiro aparente quanto aos efeitos, vez que sustenta a irrevogabilidade dos atos de alienação praticados pelo indigno quando de boa-fé o adquirente, ao passo que, para o herdeiro aparente, deve ser negada eficácia dos atos de disposição praticados por este mesmo que diante de terceiros de boa-fé.

Entende-se que, embora a sentença de exclusão venha a retroagir para todos os efeitos, deverá aplicar-se conjuntamente o art. 1.817 do Código Civil, pois impõe ao herdeiro aparente o dever de arcar com perdas e danos aos co-herdeiros quando causou dano em alienar os bens que a princípio possuía como seus, assim como deverão ser respeitadas todas as alienações a título oneroso que foram celebradas entre o herdeiro aparente e terceiros de boa-fé.

Observa-se que a boa-fé, tanto do herdeiro como do terceiro adquirente, deve ser provada, não sendo presumida.

Vencido o herdeiro aparente, independentemente de ser de boa ou má-fé, deverá restituir os bens e direitos como os herdou na época da efetiva propositura da ação de petição de herança. Contudo, se demonstrado tratar-se de boa-fé, não ficará obrigado a restituir os frutos percebidos, ao passo que o de má-fé deverá, além de restituir a herança, ressarcir os danos, mesmo àqueles aos quais não deu causa diretamente, e os respectivos frutos.

Portanto, são eficazes as aquisições de boa-fé, por título oneroso, e ineficazes as de má-fé por esse mesmo título, bem como as feitas a título gratuito.

A sentença que exclui o herdeiro por indignidade é também declaratória, pois a indignidade não resulta da decisão, segundo o já citado Mário Moacyr Porto⁸.

Outra questão é quanto à reabilitação do excluído: entende-se possível sua reabilitação desde que o excluído possa demonstrar insubsistentes os motivos de sua exclusão.

No caso de ter sido excluído por indignidade, a lei defere a sucessão aos descendentes, como se morto fosse, não havendo necessidade, portanto, da “*petitio hereditatis*”; nos demais casos, o herdeiro aparente é excluído pela sentença que reconhece qualidade sucessória ao autor da ação.

⁸ PORTO, Mário Moacyr. Teoria da aparência e herdeiro aparente, p. 14.

3. DA RESPONSABILIDADE DOS HERDEIROS À LUZ DA DOUTRINA

3.1 Da validade dos atos praticados pelo herdeiro aparente

Maria Helena Diniz⁹ considera seus atos válidos, “devido à impressão generalizada de ser o sucessor do ‘*de cuius*’”.

Para Orlando Gomes¹⁰, herdeiro aparente

... é o que se encontra na posse de bens hereditários como se fora o legítimo titular do direito à herança. Ensina que é possuidor de boa-fé se houver adquirido a posse na convicção, por erro escusável, de ser vero herdeiro. Não se configura esse elemento psicológico quando o erro decorre de culpa grave. Necessário o título de herdeiro, proveniente da lei ou de testamento. Admite-se, porém, o título putativo, bastando, assim, estar ele convencido de sua qualidade hereditária. Estará de boa-fé, por exemplo, se ignora a existência de parente que o precede na ordem da vocação hereditária, ou se supõe válidos testamentos absolutamente nulos.

Prossegue o ilustre autor definindo que, se o herdeiro aparente era possuidor de boa-fé, não fica obrigado à restituição dos frutos percebidos. Entretanto, o mesmo não ocorre com o possuidor de má-fé.

Os tribunais pátrios, paulatinamente, vêm conferindo credibilidade e validade à alienação realizada pelo herdeiro aparente, já que está pulsando o princípio universal da boa-fé dos contratantes, o qual, embora não previsto no Código Civil, tutela de forma esparsa (art. 1.817) os interesses de terceiros que foram iludidos por uma situação que era aparentemente verdadeira.

O ordenamento jurídico brasileiro, além do art. 1.817 do Código Civil, acolheu a aparência em vários outros dispositivos, por exemplo, os arts. 309, 686 e 1.561 do CC, não havendo razão para que o princípio não seja aplicado analogicamente a outras hipóteses, como admite o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (TJRJ – Ac. Unânime 5ª C. j. 08.09.1981, reg.13.10.1981 – Ap. 302 – Rel. Des. Graccho Aurélio).

Carvalho Santos¹¹ dispõe, conforme análise ao art. 1.600 do Código Civil de 1916, “que a situação do herdeiro excluído é a do herdeiro aparente com a posse e o domínio dos bens que lhe haviam sido distribuídos”.

Acrescenta que a boa-fé “se presume aos terceiros que trataram com ele e essa é a razão por que são válidos os atos praticados. Provada que seja a má-fé do

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 51.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

¹¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. XXII, p. 236-241.

terceiro, não pode subsistir o ato, ainda que concluído antes da sentença declaratória de indignidade”.

Admitindo a teoria da aparência, Silvio de Salvo Venosa¹² prescreve: “A lei condiciona a validade do pagamento ao fato de o ‘accipiens’ ter a aparência de credor e estar o ‘solvens’ de boa-fé. Restará ao verdadeiro credor haver o pagamento do falso ‘accipiens’”.

Ao tratar do assunto, Orlando Gomes¹³ assinala: “A boa-fé nos contratos, a lealdade nas relações sociais, a confiança que devem inspirar as declarações de vontade e os comportamentos exigem a proteção legal dos interesses jurisformizados em razão da crença em uma situação aparente, que tomam todos como verdadeira”.

Há, sem dúvida, interesse social a servir de fundamento do princípio de que o aparente equivale ao real. A esse respeito se manifesta Mário Moacyr Porto¹⁴:

Ao que tudo indica o conceito de que o aparente equivale ao real se estende em razões puramente pragmáticas. O verdadeiro é o útil. Se a manutenção do negócio aparente, em relação ao interesse social, é mais vantajosa que o respeito à situação protegida por lei, vinga o aparente como realidade jurídica.

Também se manifesta acerca da tutela jurídica da aparência Ovídio Baptista da Silva¹⁵:

O extraordinário prestígio que o princípio da boa-fé objetiva adquiriu no direito moderno outra coisa não é senão a tutela jurídica da aparência. E nem é por outro motivo que a proteção da aparência cresce e se desenvolve em todos os setores do direito privado, protegendo-se cada vez mais aqueles que, de uma forma ou de outra, relacionam-se com o “herdeiro aparente”, ou com o “credor aparente”, ou “procurador aparente”.

Pontes de Miranda¹⁶, a respeito, traz o texto de Gaio: “diz que possui na qualidade de herdeiro não só o que é herdeiro, mas ainda o que se crê tal, e possui como possuidor o que, sem causa, possui coisa hereditária, ou mesmo toda a herança, que ele sabe não pertencer”.

É curioso notar que a apresentação do suposto herdeiro de boa-fé gera nas relações com terceiros os mesmos resultados que o próprio direito produziria

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 1988. v. 2, p. 162.

¹³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

¹⁴ PORTO, Mário Moacyr. *Ação de responsabilidade civil e outros estudos: teoria da aparência e herdeiro aparente*. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 1967. p. 96.

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de direito civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993. v. I, p. 57.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Borsoi, 1968. t. 57, p. 138.

nos vínculos legítimos e reais, de forma a ensejar a eficácia de situações aparentes. O que representa um grande avanço para a tutela de interesses dos terceiros de boa-fé que se enganam com a aparência de uma situação apresentada de forma verdadeira, porém é enganosa.

Álvaro Malheiros¹⁷ traz rol de casos mencionados pelos escritores de aplicação possível da teoria da aparência, todos mostrando um liame entre o credor verdadeiro e o aparente, ou uma situação no sentido de alguém se passar por credor porque investido em determinada função, ou assim podendo ser considerado por força de determinadas condições objetivas.

Eis, *no direito alemão*, os casos de aparência: aqueles atos praticados pelo herdeiro aparente, pelo credor anterior sobre os créditos que na realidade já cedeu, pelo procurador cujo poder já se extinguiu, pelo testamenteiro, cuja função já cessou; *no direito francês*: casos de domicílio aparente, proprietário aparente, mandatário aparente, capacidade aparente, separação de fato dos cônjuges, situação do filho nascido depois de trezentos dias da dissolução da sociedade conjugal, o concubinato, a propriedade aparente, a hipoteca concedida pelo proprietário, o pagamento feito a credor aparente ou putativo, a responsabilidade civil aparente, a capacidade aparente da testemunha, além também de herdeiro aparente, casamento putativo, domicílio aparente etc.; *no direito italiano*, a circulação dos títulos de crédito, a responsabilidade de quem autoriza alguém a assinar em seu nome, a validade da aquisição feita por terceiro de boa-fé e a título oneroso, a validade do pagamento a quem exiba um cheque com firma falsa, o efeito do mandato comercial etc.; *no direito brasileiro*, entre outros, os casos de separação de fato dos cônjuges, induzindo à crença da inexistência ou cessação da sociedade conjugal; a ostentação de vida 'more uxório' pelos concubinos, produzindo, nos terceiros, a convicção da existência de matrimônio, o mandato, praticado o ato pelo mandatário após a extinção do mandato, representação comercial, sociedade aparente, administradores de sociedade etc.

O reconhecimento dos efeitos jurídicos das situações aparentes surge com o intuito de garantir a boa-fé, a honestidade e a credibilidade dos negócios jurídicos, uma vez que situações aparentes capazes de enganar não podem ser ignoradas, como se inexistissem no mundo jurídico, pois quem, de boa-fé, torna-se vítima de tal engano causado por outrem, não pode ser frustrado em seu direito, motivo pelo qual constitui tendência do direito moderno a tutela destes direitos advindos da aparência que se exterioriza faticamente como real.

¹⁷ MALHEIROS, Álvaro. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva. t. 25, p. 294 e segs.

O que deve ser considerado quanto aos atos praticados pelo herdeiro aparente não é a sua boa ou má-fé, e sim se o terceiro adquirente está de boa-fé e a onerosidade do ato praticado para que o negócio celebrado seja eficaz.

3.2 O indigno pode ser considerado herdeiro aparente?

Orlando Gomes¹⁸ considera indigno “o herdeiro que cometeu atos, ofensivos à pessoa ou à honra do ‘de cujus’, ou atentou contra sua liberdade de testar, reconhecida a indignidade em sentença judicial”.

A exclusão do herdeiro se fará po meio de sentença judicial.

Maria Helena Diniz¹⁹ define a indignidade como sendo “uma pena civil, que priva do direito à herança não só o herdeiro bem como o legatário que cometeu os atos criminosos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do ‘de cujus’”.

O art. 1.814 do Código elenca as causas que permitem a exclusão do herdeiro ou legatário da sucessão.

Os efeitos jurídicos da indignidade podem ser aceitos, como bem salientou Orlando Gomes²⁰, “como se morto fosse”.

É interessante verificar o posicionamento de Orlando Gomes²¹ ao afirmar que:

Se o indigno se comporta como se herdeiro fora, é considerado herdeiro aparente e possuidor de má-fé. Tem esta qualidade porque não pode ignorar o vício do seu título de aquisição, consistente em fato pessoal. Obrigado fica, em consequência, a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido. Em face de terceiros, conserva a figura de herdeiro aparente, sendo válidas as alienações de bens hereditários anteriores à sentença declaratória da indignidade.

Entretanto, para Maria Helena Diniz²², o indigno é como herdeiro aparente, devido à impressão que causa a terceiros de boa-fé de ser o sucessor do *de cujus*.

Explica que o indigno é equiparado ao “possuidor de má-fé, uma vez que nunca foi dono dos bens da herança e nem ignora que o ato de ingratidão que praticou contra o *de cujus* resultará em perda do direito à sucessão”.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 51.

²⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²¹ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 51.

Quanto aos efeitos da indignidade, Maria Helena Diniz²³ esclarece que, apesar da retroação *ex tunc* dos efeitos da sentença declaratória de indignidade, ela não poderá causar prejuízos a terceiros de boa-fé,

... daí respeitarem-se os atos de disposição a título oneroso e de administração praticados pelo indigno antes da sentença; mas aos co-herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhe perdas e danos (CC, art. 1.817). Opera a sentença “ex nunc”, validando atos praticados pelo herdeiro excluído até o momento de sua exclusão da sucessão, atendendo ao princípio da onerosidade da alienação e da boa-fé dos adquirentes, uma vez que o indigno se apresentava aos olhos de todos como herdeiro do *de cujus*, sendo, portanto, um “herdeiro aparente”, devido à impressão de ser o sucessor do “*de cujus*”...

Orlando Gomes²⁴ acrescenta que predomina entendimento de que, para eficácia da alienação, não deve ter relevância a boa ou má-fé do herdeiro aparente. Protege-se a boa-fé do adquirente. Assim, são três requisitos para a validade da aquisição por terceiro, que:

- a) adquira de herdeiro aparente;
- b) adquira por título oneroso;
- c) adquira de boa-fé.

142

A proteção à boa-fé do terceiro adquirente leva a se considerar herdeiro aparente não apenas quem se apresente com título de herdeiro, mas igualmente quem, sem título, se comporta como se o fora, investindo-se na posse dos bens hereditários, pagando tributos, fazendo despesas e assim por diante.

Interessante, também, anotar a opinião de Carlos Maximiliano, transcrita na obra de Carvalho Santos²⁵, de que “caem as doações e quaisquer ônus e alienações a título gratuito: ninguém faz presente daquilo que não é seu”. O que contrata a título oneroso, e de boa-fé, merece apoio, porque – *certat de damno vitando* – pleiteia para evitar prejuízo para si; igual não é a posição jurídica do beneficiado gratuitamente pelo indigno, pois – *certat de lucro captando* – pleiteia para auferir lucro, unicamente; pode deixar de ganhar; nada tem a perder.

Infere-se, destarte, ser totalmente cabível considerar-se o indigno como herdeiro aparente.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 51.

²⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil interpretado*, p. 236-241.

3.3 O anteprojeto do professor Orlando Gomes de 1963 (art. 769)

O anteprojeto de Código Civil do professor Orlando Gomes²⁶, em seu art. 769, consignava a seguinte regra: “Art. 769. São válidas as alienações feitas de boa-fé, a título oneroso, pelo herdeiro aparente”.

É óbvio que o preceito contém um engano, pois a boa-fé que se reclama é a do adquirente, e não a do alienante. Entretanto, desconsiderado o mencionado erro, a regra que se pretendia introduzir representava valiosa inovação dentro do sistema brasileiro, visto que poria fim a uma controvérsia e instalaria dentro do campo legal uma solução contestada por muitos.

Qual controvérsia?

Pela regra atual, constante de nossa legislação (art. 1.817 do Código Civil brasileiro):

Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhe perdas e danos.

Não merece atenção a alienação a título gratuito, mas apenas a título oneroso. Dispõe o mestre Silvio Rodrigues²⁷ que ao requisito de boa-fé do adquirente deve-se adicionar o da onerosidade da alienação, como já exposto no atual art. 1.817 do CC brasileiro. Os atos de disposição praticados pelo indigno, até a sentença de exclusão, só serão válidos se o forem a título oneroso.

A lei abre uma exceção à regra *nemoplus juris* com o propósito de evitar prejuízo injusto para o adquirente de boa-fé. Todavia, se a aquisição se realizou a título gratuito, a razão que inspirou o legislador não mais impera, pois a devolução da coisa pelo adquirente só o priva de um ganho, em vez de impor-lhe um prejuízo. Por isso o legislador, tendo que escolher entre tutelar os interesses de quem procura evitar um prejuízo e os interesses de quem busca alcançar um lucro, prefere preservar os do primeiro, solução que lhe parece mais justa.

2.4 A teoria da aparência (efeitos e responsabilidade civil e a possibilidade de dano moral pela alienação de bens feita pelo herdeiro aparente)

2.4.1 Teoria da aparência

A teoria da aparência se firma pelo fato de, sendo o direito uma ciência não-lógica, muitas vezes se furta a uma aplicação rígida das disposições legais. Ciência

²⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil*, p. 67-69 e 73.

eminentemente social, atende sobretudo aos reclamos da equidade e às exigências do bem comum. A teoria da aparência, que se revela como o processo de conciliação entre a enganosa representação da figura exterior (aquilo que parece ser, mas não é) e a oculta legitimidade do real (aquilo que é, mas não parece ser), bem demonstra esse ideal de justiça.

Podemos afirmar que, entre um interesse aparente e um interesse protegido por lei, não pode haver dúvida possível entre a prevalência do segundo em relação ao primeiro, e que num país regido por um direito escrito, os costumes, as solicitações da equidade, as máximas e os ensinamentos da tradição jamais poderão revogar ou modificar o sistema legislativo. Mas, na prática, assim não acontece.

O próprio legislador cede cada vez mais a injunções da aparência para regularizar e retificar situações de fato, nivelando o ilusório ao real e, mais que isso, sobrepondo o interesse que resulta do erro escusável ao interesse que se apóia na lei.

A boa-fé que decorre de erro plenamente justificado pelas circunstâncias supre as nulidades, remove os defeitos, antecipa os prazos da prescrição aquisitiva, consolida o domínio.

A especial capacidade *ab-rogante* da boa-fé tem conduzido os juristas no sentido de alcançar uma explicação científica de fenômeno ou à unificação da teoria da aparência.

144

Mário Moacyr Porto²⁸ afirma que não é possível filiar o fenômeno da aparência a uma categoria legal preexistente. Para ele, em certas hipóteses, poderia o intérprete vislumbrar conduta negligente do verdadeiro titular do direito como o fundamento da teoria da aparência.

O erro de terceiro seria uma conseqüência do procedimento culposo de quem deveria agir com a prudência e diligência necessárias para evitar que situações aparentes fossem tomadas por situações reais. No entanto, esse conceito é impreciso, pois equipara um dever de consciência a um de obrigação legal.

Para o citado autor, o conceito de que o aparente equivale ao real se esteia em razões puramente pragmáticas. O verdadeiro é o útil. Se a manutenção do negócio aparente, em relação ao interesse social, é mais vantajosa que o respeito à situação protegida por lei, vinga o aparente como realidade jurídica.

2.4.2 Herdeiro aparente

É o que, não sendo titular dos direitos sucessórios, é tido, no entanto, como legítimo proprietário da herança, em conseqüência de erro invencível e comum. Os conflitos entre o verdadeiro herdeiro e o herdeiro aparente ocorrem, por exemplo,

²⁸ PORTO, Mário Moacyr. Teoria da aparência e herdeiro aparente, p. 14.

quando um herdeiro mais remoto se habilita à herança em lugar do sucessor mais próximo, ou quando a anulação ou descobrimento de um testamento excluem aqueles que, até então, eram tidos e havidos como sucessores do *de cuius*.

Quanto aos atos de administração do herdeiro aparente para com os bens da herança, não há dúvidas; a dificuldade surge quando o herdeiro aparente aliena bens da herança a terceiros de boa-fé.

Há os que entendem que ninguém pode transmitir direitos que não tem e que, portanto, as alienações feitas pelo herdeiro aparente são nulas, mesmo em relação ao adquirente de boa-fé. Outros, ao contrário, se opõem às nulidades das alienações, sensíveis aos argumentos de que o erro invencível e comum consolida a situação de fato.

2.4.3 Validade das alienações feitas pelo herdeiro aparente

Uma autêntica *vexata quaestio* se estabelece, pois, na ausência de um texto legal que as discipline, tendem a eternizar-se no discurso erudito e na perplexidade dos argumentos contraditórios.

A disposição do art. 1.817 do CC brasileiro e a jurisprudência, conforme será demonstrado a seguir, vêm estabelecendo pela validade dessas alienações. Caso, na qualidade de legítimo titular da herança, o herdeiro aparente pratique atos de disposição dos bens da herança, os atos praticados por ele com terceiros a título gratuito não produzirão efeitos perante o herdeiro preterido. Os atos praticados a título oneroso, estando o terceiro de boa-fé, deverão ser mantidos e produzirão efeitos.

145

2.4.4 Efeitos/responsabilidade civil

A teoria da aparência, quanto aos seus efeitos, está implicitamente contemplada na teoria da responsabilidade civil, que pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, o que vale dizer que é dever legal o ressarcimento, ante a verificação da culpa, pelo atendimento das perdas e danos.

O herdeiro preterido, na defesa de seu quinhão, dependendo da situação, poderá voltar-se contra o herdeiro aparente ou contra ele e eventual terceiro envolvido. O fundamento legal da tutela de seu direito está no art. 1.817 do CC brasileiro, que, apesar de tratar do herdeiro excluído, com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, por analogia, aplica-se ao herdeiro aparente.

O herdeiro aparente caracterizado como tal responde perante o herdeiro preterido. Se aquele estiver de boa-fé, deve ser demandado para restituir o quinhão, bem como os frutos e rendimentos da coisa. Estando de má-fé, deverá inclusive indenizar por perdas e danos, bem como restituir todos os frutos.

Para que o herdeiro legítimo tenha amparo em seus direitos, deverá demonstrar, em juízo, o *consilium fraudis*. Coloca-se o herdeiro legítimo, que segundo a lei tinha o seu direito reconhecido, em desvantagem, pois terá que demonstrar que o ato celebrado entre o herdeiro aparente e terceiro adquirente não ocorreu de boa-fé, já que esta se presume.

2.4.5 A possibilidade de dano moral pela alienação de bens feita pelo herdeiro aparente

Já que, em caso de estar o herdeiro aparente de má-fé, torna-se obrigado a indenizar, salta a dúvida se nessa indenização estaria incluída ou poderia vir a incidir a indenização moral. E mais, se em caso de alienação, pelo herdeiro aparente, de bem de valor moral ou inestimável, estaria este obrigado a indenizar o herdeiro real.

Quanto à indenização devida pela má-fé, entende-se que não resta dúvida, porque, se há a incidência das regras da responsabilidade civil, esta deve compreender também os prejuízos morais que porventura houverem sido causados.

Quanto à alienação de objeto (bem) de valor inestimável, há o entendimento de que a mera reposição do valor da alienação não elimina o prejuízo sofrido pelo herdeiro real. A questão da boa ou má-fé não pode afastar a indenização por dano moral, porque o bem deixado em legado já possuía a estima e importância moral do legatário. A impossibilidade de reaver o bem do terceiro adquirente deve ser compensada, até mesmo pela regra do *aliud pro alio*, no caso em expectativa, e por argumento de *similitude*.

146

3. O HERDEIRO APARENTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Conforme mencionado, não se pode dissociar a validade dos atos praticados pelo herdeiro aparente da análise do *animus* do adquirente. Se de boa-fé o adquirente, vimos que válido é o ato jurídico; ao contrário, se o ato não está revestido dessa pura intenção, deve ser declarado ineficaz, com efeitos *ex nunc*.

E do mesmo modo se posiciona já de forma bastante assentada a mais consagrada jurisprudência, conforme os entendimentos a seguir externados por diversos de nossos Tribunais Estaduais e pelo Supremo Tribunal Federal.

Herdeiro aparente. Validade da alienação feita por herdeiro aparente quanto ao adquirente de boa fé. Conhecimento pela letra d do premissivo constitucional e desprovimento do recurso [STF – Recurso Extraordinário n. 84.938-MG; Min. Relator Soares Muñoz].

Herdeiro aparente. Validade da alienação feita por herdeiro aparente quanto ao adquirente de boa-fé. Precedente: RE 84.938-MG. Interpretação do art. 1.600 do Código Civil [STF – Recurso Extraordinário n. 93.998-GO; Min. Relator Cordeiro Guerra].

Herdeiro aparente, efeitos de seus atos e sua responsabilidade civil

Apelação Cível. Embargos de terceiro. Terminal telefônico. Construção do bem. Adquirente de boa-fé. Herdeiro aparente. Exegese do artigo 1.600, do Código Civil. Recurso desprovido. O terceiro de boa-fé pode manejar a ação de embargos de terceiro e demonstrar a legitimidade da aquisição do bem da construção [Tribunal de Justiça do Paraná; Apelação Cível; Ac. n. 1.718; Des. Relator Antônio Gomes da Silva].

Inúmeras são as ementas existentes nesse sentido, não destoando da regra nenhum dos tribunais pesquisados. Todos eles bem interpretam o antigo art. 1.600 do Código Civil e atual correspondente art. 1.817, como o fez Clóvis Beviláqua²⁹ em seus comentários ao referido dispositivo:

O indigno, antes da sentença que o exclui da sucessão, é um herdeiro aparente, e, como tal, em condições de dispor dos bens da herança. A sentença declaratória da indignidade fere-o, pessoalmente, não deve atingir terceiros, que com ele trataram de boa-fé. Se os terceiros estiveram de má-fé, não poderão invocar a proteção do direito. Conheciam a indignidade, tentaram fraudar a lei e o direito de outros, são cúmplices do indigno.

Para finalizar, cumpre acrescentar que as inúmeras decisões proferidas nesse mesmo diapasão estenderam ao herdeiro aparente a aplicação da teoria da aparência, porque atestar a boa-fé do adquirente implica supor que indícios inexistem, quando da celebração do negócio com o herdeiro aparente, de que faltava legitimidade a este para a realização do ato jurídico. É o que ficou expresso em Acórdão proferido também pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo em recurso extraordinário originado de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo trecho se pede vênua para transcrever:

Quanto aos cessionários, o aresto concluiu “que se tratava de caso típico de aplicação da teoria da aparência”, não existindo qualquer indício de má-fé no negócio jurídico. Os efeitos da ação de petição de herança não poderão prejudicar aquele que, de boa-fé, adquiriu do herdeiro aparente qualquer bem do espólio... [STF – Recurso Extraordinário n. 90.706-RJ; Relator Min. Néri da Silveira].

Em caso adverso, ou seja, quando não se faz presente a boa-fé do adquirente, é pacífica também a jurisprudência ao aplicar seu consagrado posicionamento no sentido de anular o negócio realizado.

HERDEIRO APARENTE. VENDA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO ANTERIOR CONTRA O VENDEDOR. COMPRADOR DE MÁ-FÉ. NULIDADE DO NEGÓCIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.600 DO C.C. [Recurso Extraordinário n. 96.841-5-GO; Min. Relator Cordeiro Guerra].

²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

5. HERDEIRO APARENTE NO DIREITO COMPARADO

5.1 Direito argentino

Segundo Zannoni³⁰, o Código Civil argentino não define estritamente o que é herdeiro aparente. Mas é possível propor a definição que surge do art. 3.423 ao mencionar o sujeito passivo da ação de petição de herança. Por esse esse artigo, assume o caráter de herdeiro aparente o parente de grau mais remoto que tenha entrado na posse da herança por ausência de ação dos parentes mais próximos, ou um parente de mesmo grau que recusa reconhecer a qualidade do herdeiro, pretendendo ser também chamado à sucessão em concorrência com ele.

Como a petição de herança se converte em título de herdeiro, tende a lograr o reconhecimento da vocação preferente ou concorrente em relação a quem obteve uma investidura oponível à aquisição hereditária. Alijado da posse e devendo participar de sua convocação, o vencido na petição de herança está obrigado, segundo o estabelecido no art. 3.425, a entregar todos os objetos herdados que estão em seu poder, com os acessórios e melhorias que eles houverem recebido, ainda que pelo seu próprio fato.

Importa trazer à baila a relevância dada pelo direito argentino à boa e à má-fé do herdeiro aparente. Na regulamentação dos efeitos que, entre as partes, produz a petição de herança, vinculam especificamente à obrigação de restituir. A boa e a má-fé do possuidor da herança desempenham um papel fundamental nesta obrigação.

Os arts. 3.426 e 3.427 distinguem o elemento intencional, com fundamento na norma geral do art. 3.428, que estabelece que o possuidor da herança de boa-fé, quando por erro de fato ou de direito, acredita ser o legítimo proprietário da sucessão sob a qual tem a posse.

Os parentes mais distantes que tomam posse da herança por não-habilitação de um parente mais próximo não são de má-fé, por terem conhecimento de que a sucessão está deferida a esse último. Mas são de má-fé quando conhecem da existência de um parente mais próximo e sabem que não se apresentou a recolher à sucessão porque ignorava que lhe fosse deferida.

No tocante à alegação de erro de fato e de direito, o Código Civil argentino³¹ baseia-se em alguns aspectos dos princípios gerais. Sabe-se que os efeitos da prescrição aquisitiva, do art. 4.006, definem a boa-fé como a crença indubitável de ser o possuidor o exclusivo dono da coisa.

E como se aplicam as disposições relativas à boa-fé na posse da coisa? A norma nos remete, obrigatoriamente, ao art. 2.356. Sem dúvida, resulta que, segundo ele,

³⁰ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. t. I e II.

³¹ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

a posse é de boa-fé quando o possuidor, por ignorância ou erro de fato, se persuadir de sua legitimidade. Já o art. 3.428, como visto, admite a alegação do erro de direito, pois o herdeiro pode muito bem ser considerado possuidor de boa-fé, não obstante crer ser legítimo herdeiro se recair em um erro de direito.

Pela leitura do art. 2.362 do Código argentino³², a boa-fé do possuidor da herança deve ser presumida. Esse é um princípio geral. Os titulares de uma vocação eventual ou são chamados em segundo ou em último grau, à exceção dos titulares de má-fé, porque estes conhecem, ao obter e opor sua investidura, que existem titulares de um chamamento preferente ou, em seu caso, concorrente.

No direito argentino³³, os efeitos da boa e má-fé se projetam com vinculação à obrigação de restituir que pesa sobre o herdeiro aparente. O possuidor de boa-fé não deve nenhuma indenização pela perda ou danos que houver causado às coisas herdadas, a menos que houvesse aproveitado desses danos, e, neste caso, só será responsabilizado até o proveito que houver obtido.

Seria o caso do herdeiro que faz demolir um edifício construído sobre um imóvel da herança e vende os materiais da demolição. Segundo Zannoni³⁴, não será responsável pelo fato senão até o valor do proveito que obteve da venda, isto é, o preço recebido pelos materiais, conforme determinação legal, art. 3.426.

Já o possuidor de má-fé, ao contrário, está obrigado a reparar todo o dano que houver causado pelo seu fato, respondendo, portanto, pela perda ou danos aos objetos hereditários ainda quando ocorram por caso fortuito, salvo se a perda ou deteriorização houver ocorrido no mesmo local e esses objetos forem encontrados em poder do herdeiro, segundo o art. 3.426, 2ª parte.

O possuidor de boa-fé só é responsável pelos frutos percebidos a partir da notificação da demanda por petição de herança. Ao contrário, o possuidor de má-fé está obrigado a entregar ou a pagar os frutos da coisa que houver percebido, e os que por sua culpa havia deixado de perceber, sacando os gastos do cultivo, colheita e extração dos frutos.

Do mesmo modo, está igualmente obrigado a indenizar aos proprietários dos frutos civis que podia produzir uma coisa não-frutífera se o proprietário pudesse sacar um benefício dela. Os gastos necessários serão pagos ao possuidor de boa-fé. Mas os gastos feitos pelo possuidor de boa-fé para simples conservação da coisa em bom estado são compensados com os frutos percebidos e ele não pode cobrá-los (art. 2.430). Ao contrário, o possuidor de má-fé só tem direito a ser indenizado

³² ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

³³ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

³⁴ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

pelos gastos necessários feito na coisa, e goza do direito de retenção até ser pago por eles.

Não se poderia deixar de ressaltar a boa-fé do terceiro adquirente, que é exigida pela legislação argentina. Segundo a lei, é terceiro contratante de boa-fé aquele que ignora a existência de titulares de uma vocação preferente, ou ainda quando há ignorância de que os direitos sucessórios do possuidor da herança não se encontram judicialmente controvertidos.

É sabido que no direito argentino a boa e a má-fé são princípios gerais, norteadores e de aplicação imediata em toda e qualquer relação existente entre o herdeiro aparente e o verdadeiro herdeiro.

5.2 Direito português

O herdeiro aparente no direito português, de um modo geral, é todo aquele cujo direito de herdeiro cessa no todo ou em parte, pois seus atos estão sujeitos à contestação e também a uma petição de herança. Assim, segundo Luis da Cunha Gonçalves³⁵, são exemplos de herdeiro aparente o herdeiro instituído em testamento que foi anulado; o herdeiro meramente legítimo que teve de abrir mão da herança por ter aparecido um ignorado herdeiro legítimo; o herdeiro legítimo que teve de ceder perante um testamento no qual foram instituídos herdeiros testamentários, além de legatários, o herdeiro, que foi julgado incapaz ou indigno de suceder.

Surgiu no direito português, com a figura do herdeiro aparente, a teoria dos “*actos do herdeiro aparente*”, com o objetivo de se proteger os terceiros de boa-fé.

Assim, se um devedor da herança pagar a sua dívida a um herdeiro aparente, tendo boas razões para crer que era este o legítimo sucessor do seu credor, o pagamento será válido, e não poderá o herdeiro verdadeiro reclamar a aquele devedor novo pagamento, só terá ação contra o herdeiro aparente, para restituição da soma recebida, com boa ou má-fé.

Mas foi levantada a questão das alienações de bens e as hipotecas constituídas pelo herdeiro aparente e de boa-fé. Deverá a solução acima dada ser extensiva às alienações e hipotecas?

Alguns autores sustentam a afirmativa, e nesse sentido é a jurisprudência dominante na França. No entanto, a maioria das opiniões é em sentido contrário, porque a boa-fé do herdeiro aparente não impede que ele tenha alienado ou hipotecado coisa alheia, e bem sabido é que ninguém pode transmitir direitos que não tem. Aqueles atos jurídicos, por isso, serão sempre anuláveis, por força dos arts. 894 e 1.555 do Código Civil português.

³⁵ GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de direito civil*. Lisboa: Livraria Silverio, 1955. v. III, t. I.

É inadmissível, em face desta lei, a distinção feita pelo Código Civil italiano, art. 933, entre a boa e a má-fé do herdeiro aparente, estabelecendo que, no primeiro caso, devem ser mantidas as alienações por ele feitas.

A boa-fé desse herdeiro não é mais digna de proteção do que o direito de propriedade do herdeiro verdadeiro.

Por análoga razão, será nula a cessão parcial ou total da herança que o herdeiro aparente haja feito em prejuízo do herdeiro verdadeiro. A transação celebrada pelo suposto herdeiro com um devedor ou litigante adverso à herança não poderá ser oposta ao herdeiro verdadeiro, pelo contrário, será ela anulável com *res inter alios acta*.

Terá de ser mantida, porém, a expropriação por utilidade pública, em virtude da qual o herdeiro aparente recebeu a respectiva indenização, pela simples razão de que a coisa expropriada não pode ser reivindicada, não está já em comércio, mas o mesmo herdeiro aparente terá de restituir a dita indenização ao herdeiro verdadeiro.

Discute-se muito na doutrina portuguesa se devem ser válidos, pelo menos, os atos de administração praticados pelo herdeiro aparente, como arrendamentos, vendas de colheitas. As opiniões dos escritores são, em geral, no sentido afirmativo, se bem que invocando argumentos pouco felizes.

Mas uma corrente minoritária vem sustentando que os atos de administração só terão que ser respeitados quanto aos seus efeitos passados, quando seja impossível restaurar a situação primitiva, e os efeitos ainda subsistentes terão de caducar. Por exemplo, se um arrendamento feito por herdeiro aparente ainda subsistir, terá de ser anulado quanto ao futuro, pois não se concebe que permaneça como senhorio quem não é dono do prédio.

5.3 Direito italiano

Para Brunett³⁶, não importa que o herdeiro aparente esteja de boa ou má-fé, que não saiba da invalidade de seu título, que afirme ser o verdadeiro herdeiro embora sabendo ao contrário. Para o direito italiano, basta agir como verdadeiro herdeiro sem o ser.

Uma sentença da Carta de Apelação de Firenze afirmou que herdeiro aparente é aquele que possui um título, consista ele na lei ou através de um testamento, que lhe dê legalidade. Sem esse título, o possuidor da herança não pode ser considerado herdeiro aparente. É o caso do indigno que esteve na posse da herança até que, com a declaração da indignidade, seu título tenha sido considerado nulo.

Quanto à validade dos atos efetuados com terceiros, seu Código Civil é expresso: o art. 534, § 2º, declara válidos os contratos a título oneroso celebrados

³⁶ BRUNETT, Apud PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*. 3. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1894. v. VII.

por terceiro de boa-fé com herdeiro aparente. Assim dispõe: “sono salvi i diritti acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneros con uno l’erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede”.

Esse artigo, justificando a razão por que o legislador invocou a matéria, anteriormente baseada no princípio: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat*, afastou-se deste, e baseou-se na consideração de que um título aquisitivo “intervivos”, quanto à existência e eficácia, é muito mais fácil de ser conhecido de um terceiro que a existência e eficácia de um título *causa mortis*.

Assim, num testamento, muitas pessoas em perfeita boa-fé podem ignorar o vício. O testador poderá ter feito o testamento num momento de perturbação mental, ter sido ele revogado e o terceiro não ter tomado conhecimento.

Analogicamente, tratando-se de vocação legítima, é muito mais complexo controlar a existência de um parente mais próximo. Portanto, as pessoas podem incorrer facilmente num erro que nem a mais exata e correta diligência poderá impedir que aconteça.

Segundo outros doutrinadores, ao contrário, o art. 534 do CC, que salva o direito de aquisição pelo terceiro, decorrente de ato transmissivo do herdeiro aparente, não é de caráter singular, mas se pode aplicar aos casos análogos.

152

Nesse sentido, há duas decisões da Carta de Apelação: uma sentença mantém válidas as alienações (sempre a título oneroso e de boa-fé) feitas ao terceiro (como administradores de uma herança jacente) a qual, em seguida, foi declarada nula; e outra também considerou válido o negócio feito com o mandatário, cujo mandato já havia sido revogado, mas notificado apenas o mandatário.

Quanto à validade das alienações feitas por quem nunca foi herdeiro, Mazzonni³⁷ argumenta que, embora falte título ao herdeiro aparente, a lei protege as alienações feitas por ele com terceiros de boa-fé. Isso é assim em razão do princípio da equidade.

Antonio Masi³⁸ doutrina que a figura do herdeiro aparente se funda no seu comportamento objetivamente considerado, dispensando qualquer elemento de boa-fé e de má-fé de tal pessoa.

O terceiro, de fato, é um estranho à família do sucessor, ignora a ligação de parentesco, a demora em se habilitar do parente mais próximo e mesmo a existência dele. Nem mesmo os casos de vícios do testamento por dolo, erro, de violência feita ao testador pelo herdeiro, são passíveis de serem conhecidas pelo terceiro. Essa é a razão por que se protege o terceiro que contrata com o herdeiro aparente.

³⁷ PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*.

³⁸ MASI, Antonio. Apud PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*.

Se o herdeiro aparente está de má-fé, mais difícil ainda é para o terceiro descobrir o vício do título apresentado.

Outro motivo merece consideração: a inércia e a negligência do verdadeiro herdeiro, que com o seu comportamento passivo não contesta a qualidade de herdeiro. Torna-se, assim, mais fácil ainda o erro do adquirente.

Quanto à extensão analógica do art. 534, é uma outra questão importante no direito italiano.

Dito artigo não é suscetível de extensão analógica, por ser uma norma de caráter excepcional. Ao se aceitar a aplicação em outros casos, foge-se do princípio *nemo dot quod non brasbet*, estipulado no art. 1.459 do Código Civil italiano.

A boa-fé é requisito para o terceiro adquirente que estiver convicto de que se tratava do verdadeiro herdeiro. Entretanto, não é presumida, segundo o princípio enunciado no art. 1.147, § 3º, do Código Civil italiano, tendo o ônus de prová-la. Essa prova não deve consistir em apenas demonstrar o comportamento inidôneo do alienante que se passou por verdadeiro herdeiro e nem do herdeiro que se pôs num estado de ignorância pela própria negligência.

Pergunta-se também se o erro de direito escusa a boa-fé do terceiro adquirente. Há muito se sustenta que *nemo ignorare cencetur*, isto é, a lei se presume conhecida.

Necessário, contudo, distinguir a ignorância de uma lei dispositiva de uma lei imperativa. Quanto à primeira, não tem finalidade de manter a ordem pública, mas unicamente de regular e interpretar a livre vontade dos contratantes. A segunda é dotada de proteção do interesse público, de modo que, se violada, não se poderá alegar erro de direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O herdeiro aparente, embora não seja tratado diretamente pela legislação pátria, por analogia tem respaldo pela aplicação do disposto no art. 1.817 do Código Civil, que trata de atribuir validade a seus atos desde que praticados a título oneroso, resguardando sempre a boa-fé do terceiro adquirente.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1967.

Renato Maia

GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de direito civil*. Lisboa: Livraria Silverio, 1955. v. III, t. I.

MALHEIROS, Álvaro. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva. t. 25.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Borsoi, 1968. t. 57.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*. 3. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1894. v. VII.

PORTO, Mário Moacyr. Artigo Teoria da aparência e herdeiro aparente. *Revista dos Tribunais*, 14, São Paulo.

_____. *Ação de responsabilidade civil e outros estudos: teoria da aparência e herdeiro aparente*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1966.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Curso de direito civil*, volume das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil*, volume das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 2.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. XXII.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 1988. v. 2.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucession*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. t. I