

## Venda de quota hereditaria

Questão de grande importancia pratica em nosso direito é a de saber se á venda de quota hereditaria se applica a restricção imposta pelo art. 1.139 do cod. civil ou, por outras palavras, se um coherdeiro pode vender a extranho a sua quota hereditaria sem dar preferencia aos demais coherdeiros.

Pensam muitos que a hypothese escapa á applicação do art. 1.139 do cod. civil. E para firmarem essa opinião apresentam os seguintes argumentos:

1.º)—O art. 1.139 refere-se a cousa indivisivel e a herança não é *cousa*, é *bem*.

2.º)—A lei teve em vista a cessação do condominio permanente e não a do condominio transitorio, como na herança attribuida a varios coherdeiros.

3.º)—O art. 1.139 abrindo uma excepção á regra geral, não admitte interpretação extensiva.

4.º)—Para a acceitação do retracto successorio, sentiram outros codigos, como o francez e portuguez, necessidade de estabelecer-o em expressa disposição.

Em que peze, entretanto, á autoridade dos que firmam essa opinião, taes argumentos não nos convencem. E passamos a dar as razões de nossa discrepancia.

### 1.º ARGUMENTO

*O artigo 1.139 do Cod. Civil não se applica á venda de parte de herança, porque herança não é cousa, é bem.*

Responde-se:

1.º)—Na technica juridica e na tradição do nosso direito, *cousa* e *bem* são expressões equivalentes:

*Carlos de Carvalho*: «Em geral cousas e bens têm a mesma accepção» art. 174, *Direito civil recopilado*.

*Coelho da Rocha*: «Em sentido juridico dizem-se cousas ou bens, tudo aquillo ou todos aquelles entes, que, servindo de utilidade aos homens, podem ser sujeitos ao seu poder e, portanto, objecto de direito». (§ 76 das *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 4.ª edição).

*Teixeira de Abreu*: «Nas obras dos jurisconsultos e em muitos artigos das leis patrias, tanto antigas como modernas e nomeadamente no art. 377 do Cod. Civil, encontram-se as palavras *cousas* e *bens* empregadas como synonymos, sendo certo que, rigorosamente por bens se entendem somente aquellas cousas que podem tornar-se propriedade exclusiva de uma pessoa. No entretanto, alguns autores pretendem estabelecer uma certa differença entre cousas, no sentido juridico, e bens, dizendo que por *cousa* se deve entender tudo o que pode fazer parte de nosso patrimonio e por *bens* somente aquellas cousas

que realmente possuímos (*Toullier*, Droit Civil, III, 3, *Beauregard*, Legisl. Ital., 233; *Bruschy*, Man. de dr. civil, II, 14) fazendo quasi coincidir esta distincção com a divisão romana das cousas em *res in patrimonio* e *res extra patrimonium*.) (*Lições de Direito Civil Portuguez*, vol. 1.º pag. 19))

2.º) — Muitos juristas ensinam que *cousa* é o genero, de que todo *bem* é a especie, donde resulta todo *bem* será *cousa*.

*Mourlon*: «As *cousas* differem dos *bens*, como o genero differe da *especie*: as *cousas* são o genero, os *bens* a especie» (*Répétitions*, vol. 1.º, pag. 675).

*Ribas*: No sentido ontologico *cousa* é tudo que existe ou póde existir; no sentido juridico-racional é uma parte qualquer do mundo fatal. Tomada na primeira accepção, a palavra *cousa* é mais ampla do que *bens*, e está para com esta na relação do genero para com a especie. (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 2.º pag. 169).

3.º — O Codigo Civil Brasileiro emprega indistinctamente as duas expressões, intitulado *Dos bens* o Livro 2.º da parte geral, e intitulado *Das cousas*, diversas secções, como a terceira, quarta e quinta, do mesmo titulo. No capitulo 2.º, intitulado *Dos bens reciprocamente considerados*, referem-se todos os artigos, 58 a 64 a *cousas*, e não a *bens*.

Aliás, na discussão do Cod. Civil perante o Congresso foi salientado esse facto. Veja-se o parecer do dr. *Torres Netto*, á pags. 116 do vol. 2.º dos *Trabalhos da Comissão Especial da Camara*, onde se nota que o projecto emprega indistinctamente *bem* e *cousa* como synonymos. No mesmo sentido são os reparos do dr. *Coelho Rodrigues* (pag. 269 do mesmo vol),

4.º—A opinião citada pelos Appellantes é a de *Teixeira de Freitas*, n'uma de suas originalidades apenas adoptada no Cod. Civil Argentino, como salienta Teixeira de Abreu (vol. 1.º, pag. 19), e não foi seguida pelos juristas, como adverte o proprio *Clovis Bevilacqua*, a cuja sombra pretendem amparar-se os Appellantes: «Ainda se não produziu, na sciencia, a reacção necessaria para ser adoptado o pensamento do nosso insigne *Freitas*, que tem hoje por si o apoio do Cod. Civil Allemão» (*Theoria Geral do Direito Civil*, pag. 215).

5.º)—Mas, quando nada disso houvesse, é o Cod. Civil que expressamente desautoriza a lição dos Appellantes, dizendo que a herança é cousa :

«Art. 57—O patrimonio e a herança constituem cousas universaes».

Logo, na expressão do Codigo *a herança constitue cousa universal*.

**A herança é cousa**

## 2.º ARGUMENTO

*A lei só teve em vista a cessação do condominio permanente; e a herança cria condominio transitorio.*

Não podia ser mais infeliz o argumento. O que ensinam sem discrepancia os juristas e indica o simples bom senso, é que o condominio é, por sua propria natureza, anormal, instavel e transitorio, qualquer que seja a sua origem.

*Clovis Bevilacqua* ensina :

“O condominio ou compropriedade é a forma anormal da propriedade; pode nascer de um contracto, de

herança, ou de outro acontecimento em que haja concurso de vontade" (*Commentarios*, vol. 3.º, 2.ª edição, pag. 155).

*Lacerda de Almeida*, no mesmo sentido, ensina:

"A communhão de que alli falamos e chama-se tambem indivisão, resulta quasi sempre de causa involuntaria ou fortuita e é por isso um estado por indole transitorio, refractario ás normas dos contractos e cuja regra principal é conciliar o interesse dos outros, não para manter esse estado, que tende sempre a desfazer-se mas para evitar conflictos de que a communhão é causa interminavel e fecunda." (*Direito das Cousas*, vol. 1.º, pag. 119).

O Cod. Civil, em expressas disposições, demonstra o desfavor em que tem o condominio: no artigo 629 fixa em 5 annos a indivisão contractual; no artigo 630 só permite a indivisão estabelecida em clausula de doação ou testamento pelo praso maximo de 5 annos; no art. 623 n.º 3.º, submete á preferencia dos demais condminos a venda feita por um delles de sua parte do condominio.

Se todo condominio, qualquer que seja a sua origem, é por natureza transitorio, o argumento querendo criar uma especie nova de *condominio permanente*, desconhecida em direito, nenhuma consistencia offerece.

### 3.º ARGUMENTO

*A materia do artigo 1.139 do Codigo Civil abrindo excepção á regra geral, não admittre interpretação extensiva.*

Responde-se:

1.<sup>o</sup>)—Não invocamos interpretação extensiva. O mencionado art. 1.139 não precisa de ser interpretado, mas simplesmente applicado á hypothese *sub judice*, por força de suas claras disposições. Estabelece elle um certa regra quanto á alienação de partes no condominio de cousa indivisivel. Ora, a herança é *cousa* universal (art. 57 do Cod. Civil), *immovel* (art. 44 n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup>) e *indivisivel* (art. 1.580). Logo, as relações entre os condminos da herança não podem escapar á regra do citado artigo 1.139.

2.<sup>o</sup>)—A faculdade de disposição da parte do condominio é regulada pelo art. 623 n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup> do Cod. Civil. Essa regra applica-se, segundo diz em seus commentarios Clovis Bevilacqua, a todas as especies de condominio, inclusive a herança (vol. 2.<sup>o</sup> 155).

Ora, é o proprio texto legal (n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup> do art. 623) que refere expressamente o art. 1.139. Logo, se o coherdeiro, vendendo a sua quota hereditaria, só o pode fazer baseado no mencionado artigo 623, n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup>, fica subordinado á condição imposta pela art. 1.139 alli expressamente mencionado.

A esse argumento procura-se fugir com a celebre distincção entre *cousa* e *bem*... porque o Código falla de condominio sobre *cousa* e a herança seria um *bem* e não *cousa*. Reportamo-nos ao que ficou dito acima, apenas acrescentando que ainda uma vez os adversarios se insurgem contra *Clovis Bevilacqua*, pois nos Commentarios a esse artigo ensina elle que o condominio ou *communhão* a que o mesmo artigo se refere é tanto a que resulta de *contracto* como a que provem da herança.

3.<sup>o</sup>)—Tambem não colhe o argumento de que a applicação do art. 1.139, no sentido que defendemos, restringe direitos que a lei assegura ao condmino, como o *jus abudenti*. O art. 623 n.<sup>o</sup> 1.<sup>o</sup> do Cod. Civil é que restringe o uso dos direitos do coproprietario, determinando que elle só pode exercer os compatíveis com a indivisão. E tambem expressamente subordina o direito de alienar a sua parte indivisa á condição do art. 1,139 (n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup> do art. 623).

Só por um abuso de linguagem pode pretender-se chamar de excepcional a disposição do art. 1.139. O que constitue em direito excepção, anormalidade, é a communhão, a indivisão, o condominio. As medidas que procuram fazer cessar o condominio, não abrem excepção ás regras geraes, (art. 6.º da Introducção do Cod. Civil), antes procuram restabelecer a regra geral, o regimen normal que é a propriedade individual.

4.º—Ainda que a disposição fosse de direito singular, não seria juridico affirmar, como muitos pretendem, que este não comporta em caso algum interpretação extensiva. *Paula Baptista* dil-o no seguinte trecho:

«Admittem (as leis excepcionaes), porem, interpretação extensiva por força de comprehensão e indução, como meio necessario de assegurar a execução dellas em sua respectiva esphera; de modo que não sejam illudidas ou fraudadas» (Hermeneutica, § 45, pag. 52).

A casos dessa natureza applica *Laurent* os mesmos principios :

«Algumas vezes a excepção mesmo derogando uma regra, é a applicação de uma outra regra de direito. Nesse caso a vontade do legislador não é limitar a disposição excepcional ao caso que especialmente previu; é antes um exemplo que dá e por consequencia o interprete pode e deve admittir a mesma decisão nos casos não previstos em que haja o mesmo motivo de decidir. Fazendo-o, obedece a vontade do legislador». (*Principios*, tomo 1.º, pag. 351).

5.º)—E tanto é isso verdade que *Clovis Bevilaqua*, procurando harmonisar o dispositivo do art. 1.139 com o do art. 633, diz:

«A verdade é que não se justifica a distincção (entre cousas divisiveis e indivisiveis) porque seja a cousa common divisivel ou indivisivel, no estado de communhão está indivisa... Se o condomino não pode (tanto no condominio de cousa indivisivel quanto no de cousa divisivel) sem previo assentimento dos outros dar posse da propriedade a estranhos, é claro que não pode sem essa condição alienar a sua parte ideal» (Commentarios, vol. 4.º pag. 312).

Em direito portuguez, de cujo Cod. Civil trasladou o nosso a disposição do art. 1.139, é doutrina assente que basta a cousa estar indivisa para sujeitar-se a essa disposição legal. Lê-se á pag. 244, vol. 48, da Revista de Legislação e Jurisprudencia de Coimbra o seguinte asserto:

«Como já demonstramos nesta Revista e se pode considerar hoje assente em jurisprudencia, o direito de preferencia dá-se não só na compropriedade de cousa indivisivel, mas de cousa indivisa».

Tudo está pois a demonstrar que nem no caso se dá uma regra de excepção, nem a essa regra se deve attribuir uma interpretação restrictissima. Aliás, são tão claros os termos do art. 1.139 que para applicar-se á especie, não é de mister interpretação alguma.

#### 4.º ARGUMENTO

*Para a acceitação do retracto successorio tiveram as legislações franceza e portugueza de adoptar disposições especiaes.*

Rasponde-se:

1.º) — Em direito francez ha o *retrait successoral* (art. 841, Cod. Civil). Acompanham o codigo francez o codigo allemão (art. 2.034) e o hespanhol (art. 1.067).

No direito francez a preferencia só existe para os coherdeiros e não para os demais condôminos em geral. Se, portanto o exemplo desse direito pudesse ser invocado, seria em nosso favor.

2.º—Infelicissimo, porém é ainda o argumento no que toca ao direito portuguez. Nesse direito não ha o retracto successorio estabelecido em disposição expressa, como no Código Francez. Reconhece-se, entretanto, aos coherdeiros o direito de preferencia em applicação do dispositivo do art. 1.566 do Cod. Civil que foi textualmente reproduzido em nosso Código (cit. art. 1.139).

As duas unicas disposições que regulam a materia no código portuguez são *inteiramente identicas* ás do código brasileiro.

#### **Código portuguez**

Art. 1.569.

Não podem os comproprietarios de cousa indivisivel vender a estranhos a sua respectiva parte, se o consorte a quizer tanto por tanto. O comproprietario a quem não se der conhecimento da venda, pode, depositando o preço, haver para si a parte vendida, a estranho, comtanto que o requeira no praso de 6 mezes.

#### **Código portuguez**

Art. 2.015.

Sendo varias as pessoas chamadas simultaneamente á mesma herança, será o seu direito indivisivel, tanto a respeito da posse como do dominio, em quanto a partilha se não fizer.

#### **Código brasileiro**

Art. 1.139.

Não pode um condômino em cousa indivisivel vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quizer, tanto por tanto. O condômino a quem não se der conhecimento da

venda, poderá depositando o preço haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no praso de 6 mezes.

### **Codigo brasileiro**

Ars. 1.580.

Sendo chamadas simultaneamente, a uma herança duas ou mais pessoas, será indivisivel o seu direito, quanto á posse e ao dominio até se ultimar a partilha.

Sendo essas as unicas disposições do Codigo civil portuguez relativas á materia, é certo que no mesmo codigo nenhuma disposição especial existe quanto ao retracto successorio. Ainda nesse ponto é inexacta a affirmativa. Pois bem: em direito portuguez é doutrina corrente, assente em copiosa e uniforme jurisprudencia, que os coherdeiros têm direito de preferencia nas vendas feitas a estranho por outros coherdeiros, de suas quotas hereditarias. Encontramos em volumes recentes na Revista de Legislação de Jurisprudencia de Coimbra, publicada sob a compente direcção de juristas do valor de Marnoco e Souza, Chaves e Castro e Alves Moreira, a seguinte documentação:

Vol. 41, pag. 506 : «Gosam de preferencia nas vendas não só os comproprietarios de cousa indivisivel, mas tambem os comproprietarios de cousa indivisa. Era esta a doutrina que perante o Cod. Civil já resultava do art. 2.177 em que se dispõe que a cessão do direito que o comproprietario de cousa commum tem á parte que haja de pertencer-lhe é limitada na conformidade da lei, sem se distinguir entre cousa commum indivisivel ou indivisa, não havendo outra indicação no Cod. alem da do art. 1.566 e do 2.186, em que se declara que o comproprietario de cousa commum tem os mesmos direitos que os coherdeiros na partilha, sendo um destes o de preferencia no caso de algum dos coherdeiros pretender alienar o seu direito á herança indivisa, pois o art. 2.015 considera indivisivel o direito das pessôas simulta-

neamente chamadas á mesma herança enquanto a partilha se não fizer.

Vol. 36, pag. 14 : «Quando o comprador de quinhão hereditario requer no inventario da respectiva herança que seja habilitado como representante do vendedor, o juiz deve julgar esta habilitação, sem conhecer do direito de preferencia que tem o cabeça do casal e os outros interessados quanto ao quinhão alienado. Depois de julgada esta habilitação, *podem o cabeça de casal e os outros interessados usar do direito de preferencia, contanto que seja dentro do praso legal*».

(Acc. Relação de Lisbôa 12/7/1890 ; idem, 1/12/1888 ; idem, 27/11/1889 ; da Relação do Porto, 6/3/1888 ; do Supremo Tribunal de Justiça de Lisbôa, 29/5/1888 ; idem, 12/8/1887 ; idem, 9/4/1889 ; idem, 14/2/1890).

Vol. 50, pag. 396 : «Os coherdeiros podem usar no processo de inventario do direito de preferencia contra os cessionarios de uma quota parte da herança indivisa, não havendo sido notificados da cessão embora os cessionarios alleguem que o cedente deu ao cabeça de casal e coherdeiros conhecimento da cessão». Este accordão foi reformado por um outro de 13 de Março de 1918, publicado no vol. 70, pag. 252 da Revista de Direito, de Bento de Farias, para determinar-se que o direito de preferencia deveria ser pedido em acção ordinaria.

*Dias Ferreira*, commentando o art. 2.015, adverte que a commissão revisora do projecto do Cod. portuguez não criou restricção á faculdade de transmittir direitos hereditarios, mas «armou os coherdeiros com o direito de preferencia que é o sufficiente para obstar a entrada de estranhos na partilha da herança (art. 1.566)».

Ora, em direito portuguez a doutrina e a jurisprudencia são unanimes em reconhecer que, por força dos artigos 1.556 e 2.015 do Cod. Civil, teem os coherdeiros direitos de pre-

ferencia. O legislador brasileiro incorporou textualmente ao nosso Cod. Civil essas disposições, e, quando o fez, conhecia o seu alcance pratico, isto é, que eram alli applicadas ao condominio resultante da herança. As regras de direito vivem na pratica da vida social e apuram-se no cadinho da doutrina e na comprovação da jurisprudencia. Incorporadas ao direito patrio, devem ser ellas recebidas com a significação que tinham no regimen juridico em que foram colhidas. Como admittir que em direito portuguez tenham ellas um alcance e em direito brasileiro outro, se foi naquelle direito que o legislador patrio foi confessadamente buscar as alludidas regras?

*Andrade Bezerra.*

---

---