



**Universidade de Brasília
Curso de Direito**

BRUNO ARAÚJO NÓBREGA

**SUCCESSÕES NAS NOVELAS E INSTITUTAS DE JUSTINIANO –
COMPARAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO**

**BRASÍLIA – DF
2017**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
Faculdade de Direito
Curso de Direito

BRUNO ARAÚJO NÓBREGA

**SUCCESSÕES NAS NOVELAS E INSTITUTAS DE JUSTINIANO –
COMPARAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito
da Universidade de Brasília – UnB, elaborada
sob a orientação do Prof. Dr. João Costa Neto.

BRASÍLIA – DF
2017

Nóbrega, Bruno Araújo

Sucessões nas Novelas e Institutas de Justiniano – comparação com o direito sucessório brasileiro / Bruno Araújo Nóbrega – Brasília – 2017.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor João Costa Neto.

1. Direito Romano. 2. Novelas de Justiniano de Justiniano. 3. Direito Sucessório. 4. Código Civil de 2002.

BRUNO ARAÚJO NÓBREGA

***SUCESSÕES NAS NOVELAS E INSTITUTAS DE JUSTINIANO –
COMPARAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO***

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Costa Neto (Orientador)
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Ronaldo Poletti
Universidade de Brasília - UnB

Profª Dra. Ana Frazão
Universidade de Brasília - UnB

Brasília, 05 de dezembro de 2017

DEDICATÓRIA

Este trabalho é fruto de uma série de pessoas e instituições que, em algum momento da minha vida, me ajudaram a seguir em frente. Gostaria de agradecer a cada uma delas, pessoalmente, e receio de que nem todas constem aqui.

Obrigado, meu Deus, pelo dom da vida, da inteligência e da fé!

Obrigado, Nossa Senhora, por não me abandonar!

Obrigado, Igreja Católica, por ter criado as universidades em plena Idade Média!

Obrigado, minha mãe, Dona Francisca, que tanto fez por mim, mas que partiu tão cedo (março de 1999).

Obrigado, Bonanza Boliche, que me deu o primeiro emprego com carteira assinada, assim que precisei invadir uma casa para morar sozinho, ao ser abandonado pelo meu próprio pai em 1999.

Obrigado Dr. Plínio Correa de Oliveira, Sr. Afonso Faes, Coronel Poli, Godofredo, Dr. Ablas, Nelson Barretto, Roberto Toshiyo, Fernandão (mito), Philipp Ribeiro, Dr. Ronald.

Muito obrigado, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)**, por todo o aprendizado, crescimento profissional e prática jurídica.

Obrigado aos magistrados com quem trabalhei por toda a paciência, zelo, conhecimento jurídico e sabedoria que me dispensaram.

Obrigado aos colegas e amigos que fiz nesta casa, especialmente na 18ª, 19ª e 20ª Vara Cível de Brasília.

Obrigado, professores do CESAS, supletivo público onde concluí meu 2º grau.

Muito obrigado, Universidade Brasília, por todo o tesouro intelectual que angariei nesta formidável instituição!

Muito obrigado, professores da UnB!

Vocês são pessoas que ajudam a mudar a vida de muita gente para que os cidadãos desse país possam adquirir a única riqueza que não pode ser espoliada, confiscada ou subtraída: o **conhecimento!**

Agradeço especialmente aos membros da minha banca examinadora, Prof. Dr. Costa Neto, Profª Dra. Ana Frazão e Prof. Dr. Ronaldo Poletti, três grandes cérebros jurídicos do país.

Aos meus amigos e ex-colegas do IESB!

Meus veneráveis irmãos: Bart, Diego, Felipe, Furlan, Gian, Juliano, Marquito, Pita, Ricardo, Sergio, Serjão, Rodrigo, Matheus, Dheyne e Robinho. . .

Dedico também este trabalho a todos meus irmãos dos grupos do ECC, Ágape, grande Padre Angelotto, meus compadres André e Mabya, Raimundo e Neide, Cleyton e Thaísa.

Por fim, agradeço à minha família pela paciência com meus estudos: Cláudia, Giovana, Isabel e Fernanda.

EPIGRAFE

Imperatoriam magestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari : et princeps romanus victor existat non solum in hostilibus praeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens ; et Fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

(Justiniano, Constantinopla, ano 533)

RESUMO

Esta publicação pretende comparar as regras do direito sucessório contidas nas *Novelas* e no Livro Segundo das Institutas de Justiniano com a atual codificação prevista no Código Civil Brasileiro. Mais especificamente, a codificação empreendida pelo referido Imperador, que compilou diversos documentos jurídicos e publicou o famoso *Corpus Iuris Civilis*. O trabalho se inicia com um retrospecto da sociedade romana do ponto de vista privado e coletivo. Em seguida, o estudo da vocação hereditária na legislação justiniana. Após, análise das semelhanças e distinções entre o direito sucessório no Direito Romano e o Código Civil Brasileiro. Por fim, a conclusão, onde o estudo se encerra com a análise do grau de influência do direito sucessório romano no ordenamento jurídico atual.

Palavras chave: Direito Romano. Sucessões. *Corpus Iuris Civilis*. Código de Justiniano. Digesto. Institutas. Novelas.

ABSTRACT

This publication intends to compare the rules of inheritance law contained in Novels and Second Book of the Institutes of Justiniano with the current codification provided for in the Brazilian Civil Code. More specifically, the codification undertaken by the said Emperor, who compiled several legal documents and published the famous Corpus Iuris Civilis. The work begins with a retrospect of Roman society from the private and collective point of view. Then, the study of the hereditary vocation in Justinian legislation. After, analysis of the similarities and distinctions between the inheritance law in the Roman Law and the Brazilian Civil Code. Finally, the conclusion, where the study concludes with the analysis of the degree of influence of Roman succession law in the current legal order.

Key words: Roman law. Successions. Corpus Iuris Civilis. Code of Justinian. Digest. Institutas. Novel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – A CODIFICAÇÃO DE JUSTINIANO.....	16
I.1. – A evolução do Direito Romano.....	16
I.2. – A famosa compilação Justinianeia.....	18
CAPÍTULO II – AS SUCESSÕES NO CÓDIGO JUSTINIANO.....	19
I.1 – Da Sucessão Legítima (Ab Intestado) – As Nouellae.....	20
I.1.1 – Nouellae 118.....	20
I.1.1 – Nouellae 127.....	24
I.2. – Das disposições Testamentárias.....	24
I.1.1 – Das formalidades dos testamentos (Título X).....	24
I.1.2 – Do Testamento Militar (Título XI).....	26
I.1.3 – Àqueles a quem não é Permitido Testar (Título XII).....	28
I.1.4 – Da Deserdação dos Descendentes (Título XIII)	29
I.1.5 – Da Instituição de Herdeiros (Título XIX).....	31
I.1.6 – Da Substituição Vulgar (Título XV).....	39
I.1.7 – Da Substituição Pupilar (Título XVI).....	41
I.1.8 – De que Modos se Invalidam os Testamentos (Título XVII).....	31
I.1.9 – Do Testamento Inoficioso (Título XVIII).....	44
I.1.10 – Das Diferentes Espécies de Herdeiros (Título XIX).....	45
I.1.11 – Dos Legados (Título XX).....	49
I.1.12 – Da Revogação e da Transferência dos Legados (Título XXI).....	61
I.1.13 – Da Lei Falcídia (Título XXII).....	61
I.1.14 – Das Heranças Fideicomissárias (Título XXIII).....	64
I.1.15 – Das Coisas Singulares Deixadas em Fideicomisso (Título XXIV)....	67
I.1.16 – Dos Codicilos (Título XXV).....	69
CAPÍTULO III – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS.....	71

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

INTRODUÇÃO

Acerca do estudo do Direito Romano, Ronaldo Polletti (2014) nos trás o seguinte comentário:

[...]é lamentável que o currículo obrigatório dos cursos de direito não contenha, ao menos, como matéria indispensável, uma disciplina genérica sobre o Direito Romano, isso para não exigir-se o seu desdobramento ao longo de todo o curso, para abranger uma Introdução, uma História, um Direito Romano Bizantino e um Direito Romano como sistema moderno, base de estudos comparatistas (p. 17).

Imbuído do espírito que consta nas linhas deste ilustre romanista, o presente trabalho tem por escopo não só homenagear o grande legado jurídico deixado pelo Império Romano como comparar uma parcela do vasto Direito Romano com a codificação civil vigente no Brasil, quanto ao tema do Direito das Sucessões.

Por que o Direito Romano?

O Império Romano chegou a ocupar três continentes¹, deixou um vasto tesouro arquitetônico, cultural, jurídico e político² e influenciou fortemente o Ocidente. Não obstante, o Direito Romano é considerado um “*admirável instrumento de educação jurídica*” (ALVES, MOREIRA, 2012, p. 2). Em vista desses aspectos, a presente pesquisa tem por escopo comparar a atual disciplina do direito das sucessões, mais especificamente, a legítima e a testamentária, com a regulação prevista na codificação de Justiniano.

A história do Império Romano é permeada de mistérios, guerras, mudanças na forma e tipo de governo, conquistas territoriais, dentre vários outros eventos anotados pela História. O chamado *Direito Justinianeu* emerge da decisão de Justiniano, ávido por organizar um “*Código de Direito Romano*”³, no século VI, d.C. Tal iniciativa já havia sido adotada por Teodósio II, mas este não obteve sucesso na empreitada⁴.

Justiniano, nomeado *Nobilissimus* pelo Senado em 1º de abril de 1.527⁵,

[...] regulou as relações entre a Igreja e o Estado, reformou usos incompatíveis com o espírito da época, regulamentou as funções de diversas autoridades, melhorou o

¹ Documentário sobre a “Era dos Imperadores”, realizado pelo canal History Channel, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=steGsJaL2iY>, acesso em 11/08/2017, às 14h39.

² Giordani, Mário Curtis. História de Roma : antiguidade clássica II / 18. Ed. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2012. Pp. 474/478.

³ Lobo, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de Direito Romano : história, sujeito e objeto do direito : instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo ; prefácio do professor Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida. — Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. P. 211

⁴ Ibid., pp. 212.

⁵ Ibid., pp 203. Trata-se de um título real concedido pelo Senado.

ensino público, suprimindo escolas que não correspondiam às necessidades e criando outras em condições de aperfeiçoar o espírito da mocidade, e na administração da justiça fez verdadeiros prodígios, dando aos magistrados uma legislação completa e rejuvenecida pelos trabalhos dos grandes codificadores. (Cunha Lobo, 2006, p. 209).

Pontes de Miranda (2012, Tomo LVI, p. 58/59) afirma a transmissão da herança por vontade do testador é um fenômeno cujos registros históricos remontam ao Império Romano. Lembra ainda o mesmo autor que os Visigodos herdaram tal costume dos Romanos (2012, p. 61). Alexandre Correa (1957) anota que *no decurso dos séculos assistimos à progressiva transformação do fundamento originário da família, pela constante contraposição entre o liame do ius civili (adgnatio) e o liame natural ou do sangue (cognatio), que se afirma vitorioso na Compilação de Justiniano, dando origem à família moderna.*

A escolha do tema fundamentou-se, em primeiro lugar, na base que o Direito Romano fornece para os países cujo ordenamento jurídico é baseado no *civil law*; em segundo, não menos importante, porque o direito sucessório representa o respeito pelo direito de propriedade, a valorização do esforço empreendido pelo *de cuius* e por retratar uma espécie de memória daquele que faleceu; além disso, o presente trabalho visa prestar uma justa homenagem ao Direito Romano, visto que há quase que um abandono dessa disciplina nos cursos de graduação⁶, à exceção de pouquíssimos cursos que o adotam como disciplina obrigatória e corajosos pretorianos que se voluntariam a ministrar tal disciplina.

Segundo Moreira Alves⁷, o Estudo do Direito Romano “*deve ser feito por meio de suas diferentes etapas de evolução (períodos pré-clássico, clássico e pós clássico)*”, pois trata-se de um “*direito histórico*”.

Por tal razão, o presente trabalho é uma soma e uma consubstanciação de elementos de Direito Romano, Direito Civil, no tópico de Sucessões, História do Direito, Direito Comparado e Sociologia Jurídica.

Dentre as diversas possibilidades de divisão da história do direito romano, o presente trabalho seguirá aquela adotada por Moreira Alves, o qual distingue três períodos, a saber:

1^a – *a do direito antigo ou pré-clássico* (das origens de Roma à Lei Aebutia, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.);

2^a – *a do direito clássico* (daí o término do reinado de Diocleciano, em 305 d. C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d. C.); e

⁶ Azevedo, Álvaro Villaça. Professor Titular do Departamento de Direito Civil Ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade Mackenzie. ENSINO DO DIREITO ROMANO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA EM GERAL. Manifestação enviada ao "X Congresso Latinoamericano de Derecho Romano" realizado de 12 a 15 de agosto de 1996, em Lima, Peru, atualizada em alguns pontos.

⁷ Alves, José Carlos Moreira. Direito Romano – 15^a ed. – Rio de Janeiro, 2012. Apresentação.

3ª – a do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação do direito justiniano ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.). (Moreira Alves, 2012, p. 1-2).

Tal premissa foi necessária para situar o estudo, pois cada um desses períodos possui características próprias, que serão abordadas sucintamente no primeiro capítulo deste trabalho, cujo foco é o período pós-clássico.

Carlos Ferreira de Almeida⁸, em sua obra voltada ao Direito Comparado ensina que:

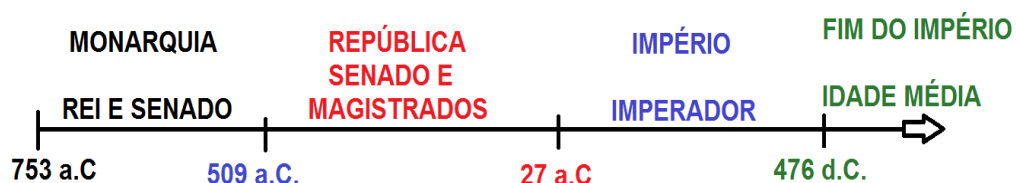
[...]o **direito comparado** (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas. (Ferreira de Almeida, 2014, p. 7). (Grifo do autor).

A par da discussão entre o estudo do direito comparado como “*ramo autônomo*” ou como “*simples método*”, René David ressalta três vantagens do estudo do direito comparado:

[...] é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional (DAVID, 1993, p. 3).

O império Romano pode assim ser resumido:

Figura 1 - Cronologia do Império Romano



*Disponível e extraído de (com adaptações): <https://historiaica.wordpress.com/2015/05/20/roma-antiga-linha-do-tempo/>

O chamado *Corpus Iuris Civilis* foi iniciado e concluído durante a Idade Média. Tal documento é a base do estudo ora elaborado, que tem por objetivo comparar e investigar se há e qual a influência da codificação justiniana para o atual Código Civil em vigor no Brasil.

No que diz respeito às *Novellae leges*, Alexandre Correia (1957) anota que *são as constituições, na maioria em língua grega, baixadas por Justiniano de 535 a 564, que contêm*

⁸ Almeida, Carlos Ferreira de. Introdução ao Direito Comparado. 3. ed., reimpr. Coimbra. Almedina, 2014. P. 7.

em partes reformas fundamentais, p. ex., do direito hereditário e do direito matrimonial. Apesar das críticas que a doutrina lhe dispensa, o mesmo autor a reconhece (1957, vol. I, p. 471) como uma *antologia jurídica e a fina flor da jurisprudência romana*. Por tal motivo, este trabalho se inicia por uma análise comparativa das *Novellae Leges* nº 118 e 127, traduzidas pelos brilhantes juristas Alexandre Correia e Gaetano Sciascia.

Na época de elaboração e compilação, admitia-se, em diversos locais, o uso da escravidão como modo de produção. Esta forma de trabalho é proibida no Brasil, embora admita-se, penalmente, a punição daquele que dela se utilizar para explorar outrem, conforme consta dos artigos 149 (**Redução a condição análoga à de escravo**), 203 (**Frustração de direito assegurado por lei trabalhista**) e 207 (**Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional**) do Código Penal. O escopo deste trabalho é analisar os institutos sucessórios da compilação justiniana, razão pela qual, nos artigos em que há menção a escravos, atribuição de bens ou de liberdade a eles, o presente trabalho limitar-se a omitir eventual comentário ou simplesmente mencionar a inaplicabilidade à ordem jurídica atual, especialmente quanto ao tema das Sucessões.

Moreira Alves (2012) prescreve os modos pelos quais os textos do *Corpus Iuris Civilis* podem ser citados. No que diz respeito às *Institutae*, elas estão separadas em quatro livros. Estes, se subdividem em títulos. Cada título ostenta um *principium* e lhe seguem os parágrafos. Já as *Novellae* são constituídas por prefácio, capítulos e epílogo.

No que diz respeito às *Institutae*, este trabalho analisará o 2º livro, que possui regras acerca do direito sucessório. Quanto às *Novellae*, serão estudadas as *Novellae* nº 118 e 127, a partir da publicação de Alexandre Correia e Sciascia, que as traduziram do latim, em 1955.

Ainda acerca da *Novellae* 118, comenta Meira (1971) que elas *tiveram o mérito de aproveitar princípios do antigo direito civil, do direito pretoriano, das constituições imperiais anteriores e senatusconsultos*. Ainda segundo o mesmo autor (p. 547), as *novellae* mencionadas tratam da sucessão *ab intestato*, que é *sucessão sem testamento ou legítima (porque se efetiva de acordo com a lei – Meira, 1971, vol. II, p. 561)*.

O Direito das Sucessões, no que tange à transmissão do patrimônio, se divide em dois grande grupos: o da parte legítima (*ab intestato*), a qual, por lei, pertence aos herdeiros; e o da disponível, cuja porção pode ser disposta pelo autor da herança por meio de testamento. Este trabalho analisará as duas formas, presentes no *Corpus Iuris Civilis*, e que foram objeto das *Institutae* (disposições testamentárias) e as *Novellae* nº 118 e 127 (porção correspondente à legítima).

CAPÍTULO I – A CODIFICAÇÃO DE JUSTINIANO

O presente capítulo abordará a fase em que foi proposto o chamado *Corpus Iuris Civilis* do Imperador Justiniano, as suas principais características e o seu impacto no Império Romano. Filho de camponeses e adotado pelo seu tio, o Imperador Justino, Justiniano assumiu o trono em 1º de agosto de 527⁹.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (vol. VII, 7ª edição, 2013, p. 22), *somente no Código de Justiniano, todavia, a sucessão legítima passa a fundar-se unicamente no parentesco natural*. Ronaldo Poletti (1996) narra que o direito justinianeu recebeu forte influência do direito helênico, a tal ponto que houve uma espécie *capitulação*, não no sentido pejorativo da palavra, mas sim, para adesão de outros conceitos e princípios ao vigoravam até então no império romano. A tal ponto esse fenômeno contribuiu para as ciências jurídicas romanas que o mesmo romanista comenta:

O direito Romano justinianeu, além do mais, está mais próximo dos nossos dias e foi a base da recepção do romanismo pela Idade Média europeia. Inobstante as fontes pré-justinianas não devam ser ignoradas, o trabalho atinente à sua tração ou inobservância pelos compiladores de Justiniano, a existência de interpolações ou de adaptações ao Império do Oriente, tem um grande valor histórico-cultural, mas pouca relevância para o exame importante dos efeitos causados *a posteriori* na formação jurídica dos povos (1996, pp. 27/28).

Após analisar o nascimento, ocaso e ressurgimento do Direito Romano, mais especificamente o do *Corpus Iuris Civilis*, Poletti (2014) ressalta que, depois do período medieval, surgiram as escolas de pensamento chamadas Culta, Elegante e jusnaturalista. Esta última foi o combustível para a sangrenta Revolução Francesa, a qual ensejou o ambiente para o chamado Código Napoleão. Enquanto este tinha um escopo nacionalista, o Direito Romano *é marcado pela universalidade*.

I.1. – A evolução do Direito Romano

Este trabalho adotará a divisão do estudo do Direito Romano em três fases distintas, conforme o Manual de José Carlos Moreira Alves¹⁰, que as classifica em: *direito antigo ou pré-clássico; direito clássico; e direito pós-clássico ou romano-helênico*.

⁹ Correia, Alexandre. Sciascia, Gaetano. Manual de Direito Romano. 3ª ed. Revista e aumentada, vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1957. P. 463.

¹⁰ Alves, José Carlos Moreira. Direito Romano – 15ª ed. – Rio de Janeiro, 2012. P. 72.

De acordo com Giordani (2012, p. 321), a primeira fase se dá com o início da república e se estende ao período dos Gracos (130 a.C.).

Na fase do direito antigo ou pré-clássico há três características essenciais¹¹: formalismo, materialismo e atuação dos jurisconsultos na construção do *ius ciuile*. Nesse sentido, Ebert Chamoun o descreve da seguinte maneira:

O formalismo é característica essencial do direito antigo. Os atos jurídicos revestem-se de solenidades que devem ser cumpridas a risca, para que se produzam os seus efeitos. Não é possível alterá-las sequer para atender às exigências da equidade. Os atos jurídicos são ainda típicos, isto é, moldados em esquemas fixos, que não admitem modificações nem ampliações. Por outro lado, o direito antigo é assaz impregnado de religião, de religião doméstica dos antigos romanos: muitas são as normas jurídicas de origem religiosa (Chaumon, 1977, p. 3).

Nessa fase, *ainda não havia proteção contra o erro ou do dolo*¹². O direito era de tal forma revestido de formalismos que Moreira Alves¹³ traz o exemplo da Institutas de Gaio: se uma pessoa que ajuizasse ação de perdas e danos decorrente do dano em uma videira (*uites*) utilizasse a expressão árvores (*arbores*), teria seu pedido julgado improcedente porque a lei mandava usar o primeiro termo.

O período clássico representa a decadência das três principais características do período pré-clássico em razão da *atuação dos magistrados com funções judiciárias, entre os quais se destacam os pretores urbanos e peregrinos*¹⁴. Apesar disso, Correa (1957, p. 21) anota que as alterações não se deram de modo açadoado ou de súbito em razão do *caráter conservador do povo romano*.

Alexandre Correa (1957, p. 16) sustenta que é o *período áureo* do Direito Romano, pois há uma *profunda elaboração científica dos jurisconsultos que o (direito) analisam nos seus diversos elementos*, ocasião em que o Imperador e seus servidores assumem a administração da justiça.

No período pós-clássico, segundo Moreira Alves (2012, p. 75), ocorre a *circunstância de o direito ser elaborado quase exclusivamente pelo Estado, mediante constituições imperiais*. O mesmo autor ressalta que a intervenção estatal na criação do direito era mínima e aumenta com o passar do tempo.

¹¹ Ibid., p. 72.

¹² Nóbrega, Vandick Londres da. Compêndio de Direito Romano. 5ª ed. Revista e aumentada, Rio de Janeiro, 1969. P. 33.

¹³ Alves, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 72.

¹⁴ Alves, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 72.

Diversos fenômenos (Albertário, 2012, p. 77, apud Moreira Alves) influenciaram o direito romano pós-clássico, época em que Justiniano promulgou seu *Corpus Iuris Civilis*, a saber:

- a) o cristianismo;
- b) a nova constituição política, social e econômica do Império, que passa a ter, depois de Constantino, seu centro de gravidade no Oriente;
- c) os direitos provinciais;
- d) o empirismo que resulta de toda época de decadência; e
- e) o espírito e a preparação doutrinária dos jurisconsultos do Oriente grego.

Alexandre Correia (1957, p. 17) ressalta que os princípios sociais trazidos pelo Cristianismo acabaram por influenciar o direito romano do período pós clássico, embora o sistema jurídico padeça da carência de jurisconsultos e mestres do direito.

I.2. – A famosa compilação Justinianeia: As *Novellae leges e as Institutas*

Moreira Alves (2012) leciona a ordem cronológica de acontecimentos que culminou na publicação do *Corpus Iuris Ciuilis* de Justiniano, na seguinte disposição:

1) Ano 528: dez juristas são nomeados pelo Imperador Justiniano para organizar e agrupar a legislação vigente;

2) Ano 530: inúmeras questões jurídicas ainda restavam ser solucionadas e são chamadas *iura*. Justiniano manda publicar novos textos legislativos que ficaram conhecidos como *Quinquaginta Decisiones*. Dois mil livros passaram pelo crivo de uma comissão composta por dezesseis juristas. Assim ficou concluído o famoso *Digesto*, ou *Pandectas*;

3) Ano 533: Justiniano manda elaborar, sob a responsabilidade de Triboniano, Doroteu e Teófilo, um manual introdutório para alunos, as *Institutiones*, ou *Institutas*;

4) Ano 534: ao detectar incongruências entre o *Nouus Iustinianus* em relação às *Pandectas*, Justiniano nomeia cinco juristas com o escopo de promover sanar as discrepâncias identificadas.

5) Por fim, Justiniano mandou remodelar a legislação em vigor, com o objetivo de publicá-las em uma única constituição imperial, e lhe deu o nome de *Nouellas*. Justiniano faleceu antes de concluí-la, razão pela qual terceiros promoveram sua compilação.

A expressão *Corpus Iuris Ciuilis* nasceu com Denos Godefry, no ano de 1583 (Poletti, 1996, p. 58).

Correia e Sciascia (vol. I, 1957) ensinam que as *Novellae Leges* são as constituições, na maioria em língua grega, baixadas por Justiniano em 529 a 564, que contêm em parte reformas fundamentais, p. ex., do direito hereditário e do direito matrimonial. Por tal razão, e pelo escopo do presente trabalho (Direito Sucessório sob o Império de Justiniano), este trabalho analisará o segundo livro das institutas e as *Nouellae Leges* nº 118 e 127, estas duas últimas que tratam, especificamente, da Sucessão *ab intestado*. As Institutas são uma espécie de manual escolar.

CAPÍTULO II – AS SUCESSÕES NO CÓDIGO JUSTINIANO

Enquanto *fato histórico*, o direito romano tem seu desfecho com o falecimento de Justiniano, em 565, d.C, ocasião em que inicia-se o chamado Direito Bizantino, e renasce na Idade Média. (Polleti, 1996, p. 59).

Feitas as considerações acerca do Direito Romano, do *Corpus Iuris Ciuilis* e do contexto em que a codificação Justiniana foi proposta, o presente capítulo analisará *Nouellae* nº 118 e 127, que tratam da sucessão legítima e do casamento, e as disposições de testamentárias, tratadas no Livro Segundo das Institutas.

I.1 – Da Sucessão Legítima (Ab Intestado) – As Nouellae

Acerca das famílias e costumes do império Romano, Paul Weyne (2012) relata que *a autoridade da família e a dignidade social dos pais de família têm o testamento como arma e como símbolo*. O mesmo autor relata a solenidade e a importância deferida pelos romanos à declamação em público deste documento. No testamento, as pessoas do círculo social do falecido recebiam uma homenagem em forma de fração da herança. Cada quinhão representava a consideração que o moribundo deixara àquele indicado como beneficiário. Curiosamente, Plínio, um famoso tribuno, presenciava todos os eventos em que se liam as disposições testamentárias. Nessas ocasiões, e não menos curioso, sempre era deixada a ele o mesmo quinhão destinada a seu cordial e amistoso adversário: Tácito. Era costume da nobreza reservar vultosas quantias para os literatos a ela contemporânea. Acerca do testamento, Paul Weyne comenta:

Um testamento era algo tão grandioso, do qual todos se orgulhavam tanto, que muitos dificilmente resistiam ao desejo de iniciar a leitura depois de beber, para agradar de antemão aos legatários e se fazerem estimar.

Sabemos da importância que em outras sociedades tinham o ritual do leito de morte e o das últimas palavras. Em Roma substituíam-nos o testamento, em que se manifestava o indivíduo social, e depois, como veremos, o epitáfio, em que se manifestava o que devemos chamar de indivíduo público.

Após esta sucinta introdução à sociedade romana, seus costumes e especialmente como era visto o instituto do Testamento nesta sociedade, passaremos à análise das duas formas de Sucessões: a Sucessão *ab intestado*, das *Nouellae* nº 118 e 127, e do Livro Segundo das *Institutas*.

I.1.1 – Nouellae 118

Por deparar-se com diversas normas sancionadas em períodos distintos do Império Romano, Justiniano houve por bem organizar as sucessões *abintestado* e determinou que elas se submetam ao que restou por ele regulado. Por tal motivo, organizou a sucessão intestada em três graus, a saber: ascendentes, descendentes e colaterais. Curiosamente, os capítulos a seguir silenciam quanto ao cônjuge do testador. Provavelmente a explicação esteja contida na lição de Ronaldo Poletti (1996): *sua capacidade de agir (da mulher) era limitada, permanecendo muito tempo como alieni iuris e submetida a uma tutela perpétua [...], mesmo se não submetida à pátria potestas ou debaixo da manus do marido*. Segundo o mesmo autor, em alguns casos, a mulher exercia a administração (*cura*) da casa.

No capítulo I, Justiniano prescreve que um descendente intestado precede os ascendentes e colaterais. Manda ainda que os netos façam as vezes do filho pré-morto. Rejeita ainda qualquer distinção entre homens e mulheres, ou mesmo que descendam de homens ou mulheres.

Esta disposição é perfeitamente conforme o disposto no artigo 1.788 do Código Civil. A doutrina acompanha, pacificamente, esta regra, embora Tartuce (2016) registre uma pequena divergência com o disposto no Livro II, Cap. XIV, §5º, das *Institutas*, que veda a herança sob duas espécies (testamentária e *ab intestado*). Na regra brasileira, tudo que não estiver no testamento é transmitido aos herdeiros legítimos (art. 1788, segunda parte). Nesse ponto reside uma crucial distinção entre a regra do *Corpus Iuris Ciuilis* e a do direito brasileiro. O ordenamento pátrio admite que os bens da fração disponível da herança não

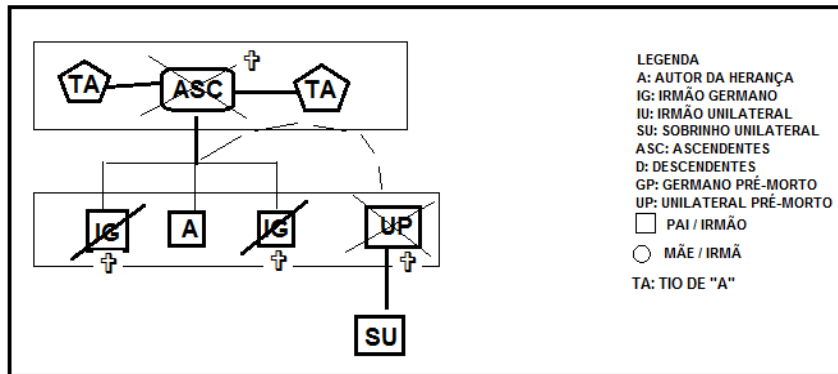
constem do testamento, os quais são transmitidos aos herdeiros legítimos. Justiniano, por sua vez, considera que os bens do autor da herança formam um todo único, mesmo que o testador disponha de parte deles.

O capítulo II estabelece mais um critério para a transmissão. Primeiro, se houver irmãos uterinos ou consanguíneos do falecido, os ascendentes precedem aos colaterais. Entre os ascendentes, os mais próximos precedem os mais remotos. Havendo ascendentes maternos e paternos, divide-se a herança metade para cada lado. Na hipótese de, em conjunto com os ascendentes, haver irmãos germanos do falecido, ocorre divisão entre todos, em quinhões iguais para todos e por cabeça. Proíbe-se que o pai tome para si a herança deixada para seu filho, nos termos do presente capítulo, razão pela qual o beneficiário adquire a propriedade da herança. Justiniano veda qualquer distinção entre homens e mulheres nesse ponto.

Mais uma vez, com a ressalva feita no início deste capítulo quanto à situação jurídica da mulher enquanto cônjuge, nota-se que o critério de Justiniano foi praticamente acolhido pelo ordenamento brasileiro. Na falta de descendentes, são chamados a suceder os ascendentes do testador (Art. 1829, II). A regra justinianeia aproxima-se do artigo 1836 do CC, quanto aos ascendentes, excluindo o grau mais remoto se concorrente com o mais próximo.

Na terceira situação, onde não há ascendentes e descendentes, a herança deve ser transmitida para os irmãos germanos. Na falta destes, herdam os irmãos unilaterais. Trata ainda o terceiro capítulo da representação em linha colateral ou transversal (Tartuce, 2016, p. 192), onde se permite que os sobrinhos cujos pais sejam pré-mortos possam herdar no lugar destes. Neste caso, estes sobrinhos dividirão a herança com os tios do autor da herança.

O 3º Capítulo traz ainda o seguinte caso, que será ilustrado por meio de um gráfico, para melhor explicar a regra para a sucessão: o autor da herança possui tios germanos em relação a seus pais, irmãos germanos pré-mortos sem descendentes, irmão unilateral pré-morto, que possui descendentes; e o autor da herança não possui ascendentes e nem descendentes. Nesse caso, o filho do irmão unilateral precede os tios, que são excluídos da herança, conforme ilustrado no gráfico:



Se o autor da herança tem irmãos germanos e unilaterais pré-mortos, todos com descendentes, então os descendentes do germanos herdam e aqueles dos irmãos unilaterais são excluídos. Caso o autor da herança não tenha ascendentes, descendentes, irmãos e nem sobrinhos, são chamados os colaterais mais afastados, observando-se o grau mais próximo.

Este capítulo traz diversos critérios muito mais detalhados que o Código Civil, a ponto de tratar eventual conflito entre sobrinhos e tios. O artigo 1829, IV, limita-se a mencionar os colaterais, caso já tenha sido esgotada a linha sucessória dos incisos antecedentes. Comenta Gonçalves (2013, vol. 7) que o CC1916 abrangia os colaterais até sexto grau. O CC02 limitou (art. 1839, *caput*) a herança deferida aos colaterais até o 4º grau.

A herança para os sobrinhos pré-mortos defere-se por estirpe, caso os irmãos do autor da herança sejam pré-mortos. Por ocasião do julgamento do Ag. Reg. No REsp 950.301-SP, o STJ entendeu *prima é parente em 4º grau, não podendo representar sua mãe, sendo excluída da sucessão por não concorrer com os tios, parentes de 3º grau colateral*. No caso de haver irmãos germanos e unilaterais, simultaneamente, estes herdarão metade do que aqueles herdarem (art. 1841, *caput*, do CC). Justiniano trata, no início do capítulo que os irmãos germanos precedem os unilaterais, enquanto que o CC/2002 lhes reserva metade da porção. Acerca desse assunto, Gonçalves (2013) assevera que *embora sobrinhos e tios sejam parentes colaterais em terceiro grau, a lei dá preferência aos primeiros, ou seja, à energia mais nova: “Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios”*. Quanto à precedência entre tios e sobrinhos, o artigo 1.843, *caput*, traz a seguinte hierarquia: irmãos do *de cuius*, sobrinhos e tios. Neste ponto, o CC/2002 adotou o mesmo critério de Justiniano. Se houver sobrinhos de irmãos bilaterais e de unilaterais, então estes herdam metade daquilo que for transmitido àqueles.

No capítulo IV, manda Justiniano que não persista qualquer distinção entre homens e mulheres aptos a herdar, e independentemente da linha, paterna ou materna. Determina ainda

que todos os familiares sejam chamados a herdar, devendo-se abstrair de qualquer distinção quanto ao sexo e quanto ao tronco a que se refere a pessoa apta a herdar.

Tal regra equipara o direito de homens e mulheres para fins de herança. Nesse sentido, verifica-se perfeita consonância com o inciso I, do art. 5º do texto constitucional o qual iguala homens e mulheres em direitos obrigações. Conquanto o romanista Ronaldo Poletti (1996) observe certas limitações ao papel jurídico da mulher, a regra do cap. IV.

Manda o cap. V que se aplique as regras anteriores acerca da herança *ab intestado* para os casos de tutela. Veda ainda que seja estabelecida qualquer distinção entre agnados e cognados. No entanto, apenas os homens podem exercer a tutela. No caso de mulheres, estas só o podem caso sejam mãe ou avó do tutelado e renunciem a novas núpcias. Desse modo, elas poderão preceder a todos os parentes colaterais, e somente poderão ser desconsideradas se o testamento nomear outros tutores, haja vista que o direito romano procura dar preferência à vontade do falecido. Caso sejam vários e de mesmo grau de parentesco aqueles aptos à tutela, manda o código Justiniano que o juiz escolha aquele (ou aqueles) que exercerá a administração dos bens.

Gonçalves (2013, vol. VI) prescreve que *a tutela é o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens. Destina-se a suprir a falta do poder familiar e tem nítido caráter assistencial*. O Código Civil estabelece os critérios para que alguém possa ser nomeado tutor, conforme consta dos artigos 1.728 e seguintes. Compete aos pais, em conjunto, nomear os tutores, desde que tenham poder familiar, ou, na falta destes, aos parentes consanguíneos. A interferência jurisdicional ocorre se faltar o tutor testamentário legítimo, se estes forem excluídos ou dispensados da tutela ou por serem declarados inidôneos. Tratando-se de maior de idade, este se submete à curatela (art. 1767, *caput*).

Acerca da curatela e por influência do direito romano, Gonçalves (2013, vol. 6) cita 3 formas de curatela: testamentária, legítima e dativa. Cita ainda que a doutrina estabelece outras formas, que não serão tratadas neste trabalho cujo foco é o direito das Sucessões.

Por fim, ainda na novela 118, o cap. VI estabelece que as regras anteriores sejam aplicadas àqueles que professem a fé católica. Manda ainda que se aplique a legislação dali em diante.

O Direito das Sucessões brasileiro não faz distinção entre religiosos e hereges. Além disso, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal veda distinção de qualquer natureza entre os brasileiros.

I.1.1 – Nouellae 127

O prefácio recorda assuntos tratados na *Nouellae* nº 118. As regras desta *Nouellae* também tratam de assuntos relacionados ao Direito de Família e ao Casamento.

O capítulo I traz a regra da precedência dos sobrinhos sobre os ascendentes vivos de primeiro grau. Assim, os filhos do irmão germano recebam o quinhão que caberia a ele se vivo estivesse.

No capítulo II, é abordada a doação nupcial. Se a esposa receber quantia superior a *500 soldos*, o esposo deverá proceder a averbação em registro público daquilo que sua esposa tiver recebido a título de doação.

No capítulo III, é permitido o usufruto dos bens que a esposa tenha recebido a título de doação antenupcial, caso contraia novas núpcias.

Por fim, no artigo IV, há proibição de dissolução do casamento sem uma causa relevante e é determinado que se aplique à esposa a mesma punição cabível ao marido, sem qualquer distinção.

No capítulo I, do cotejo entre essa disposição e o artigo 1.829 do CC, surge uma divergência entre a regra do direito romano e a regra vernácula. Os colaterais somente são chamados a suceder quando faltam os descendentes e ascendentes, respectivamente. Os sobrinhos somente são chamados a suceder quando não existirem parentes em linha reta.

As demais disposições abrangem assuntos relacionados ao Direito de Família, que não são objeto deste trabalho.

Encerra esta *Nouela* o seguinte epílogo:

Que a tua glória faça pública, no meio de editos solenes, esta nossa presente constituição geral, tanto aos habitantes desta cidade capital como aos das províncias e ninguém ignore leis estatuídas para o bem comum.

Dado em Constantinopla nas calendas de Setembro (26 de agosto), no ano XXII do reinado do Imperador Justiniano, sempre Augusto e no VII, indicação XI, depois do Consulado de Basílio, varão ilustríssimo (Correia e Sciascia, vol. II, p. 657).

I.2. – Das Disposições Testamentárias

I.2.1 – Das formalidades dos testamentos (Título X)

Justiniano dispôs regras específicas acerca das formalidades. Este título se aproxima do disposto no Artigo 1.862 e seguintes do Código Civil, onde constam as disposições gerais quanto às formas ordinárias de testamento, mais especificamente o Testamento Público.

As disposições dos três primeiros parágrafos do Título X do código Justiniano sintetizam o histórico das Sucessões no Império Romano. O § 4º determina que o testamento seja escrito a mão, pelo testador, ou, alternativamente, por duas testemunhas (Justiniano, p. 124). Tal disposição é similar ao disposto no Artigo 1.858, primeira parte, pois trata-se de ato personalíssimo. Uma pequena distinção reside na possibilidade de redação por parte das testemunhas no Código Justiniano, ao passo que o artigo 1864, I, determina que o testamento público seja assinado pelo tabelião e lido na presença de duas testemunhas (inciso II).

Comparado com o testamento na modalidade Particular (Art. 1.876 e seguintes do CC), o previsto no §4º exige duas testemunhas ao passo que o ordenamento pátrio exige a presença e subscrição de três testemunhas.

O § 5º atribui fé pública à assinatura das testemunhas, desde que estas registrem sua ciência do fato por meio de um sinete, facultando inclusive o compartilhamento do anel para registrar a ciência das testemunhas. Tal disposição se assemelha ao previsto no Artigo 1.864, III, que exige a assinatura do testador (vide o disposto no § 4º), do tabelião e das testemunhas.

O código Justiniano restringe, no §6º, a capacidade de ser testemunha por meio da proibição de que *mulheres, impúberes, escravos, loucos, mudos, surdos, próditos interditos, e os que as leis declaram ímprobos e incapazes de testar*.

Tal restrição encontrou, até a entrada em vigor da Lei 13.146, de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) certa semelhança com o Código Civil de 2002, eis que os deficientes mentais, aqueles que não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil e aqueles que, por causa transitória não possam exprimir sua vontade¹⁵. A partir da entrada em vigor do Estatuto mencionado, não há mais que se falar da total incapacidade dos portadores de necessidades para os atos da vida civil. Além disso, não há qualquer disposição similar à proibição de mulheres para os atos da vida civil. O referido dispositivo Justiniano, em sua parte final, encontra disposição compatível com o Código Civil de 2002 na proibição de ser testemunha daqueles a quem a lei declarar incapazes, como ocorre com o *caput* do Artigo 3º.

A disposição prevista no § 7º trata da testemunha que era considerada juridicamente livre à época da confecção do testamento, mas que, posteriormente, foi reputada como escrava. Justiniano sustenta que o testamento deve ser declarado válido na hipótese de, a

¹⁵ A anterior redação dos incisos II e III do Artigo 2º do Código Civil de 2002 tratava as pessoas mencionadas como absolutamente incapazes.

época, não ter havido qualquer impugnação. O atual ordenamento jurídico brasileiro não possui qualquer disposição similar no direito sucessório (situação de escravo).

O disposto no § 8º permite que um genitor e mais uma pessoa *sob seu poder*, ou dois irmãos vinculados ao mesmo pai sejam testemunhas no mesmo testamento. O livro das Sucessões no CC2002 não traz restrições quanto àqueles que podem figurar como testemunhas de um terceiro no testamento.

A regra do § 9º proíbe que alguém sob o pátrio poder do testador seja testemunha. A mesma vedação ocorrer quando um filho, militar, arrola o pai como testemunha. A primeira proibição não consta especificamente do livro das Sucessões, mas está no rol do artigo 228 do CC2002. Indiretamente, embora não faça menção aos militares, o atual Código Civil veda também que ascendente figure como testemunha (Art. 228, V). A regra do § 10 explicita e traz um relato histórico quanto à limitação do herdeiro para figurar como testemunha.

A disposição do § 11 permite que legatários e fideicomissários sejam testemunhas, desde que não figurem como sucessores do testador. O Código Civil não traz qualquer proibição para que fideicomissários ou legatários figurem como testemunha.

A norma do § 12 permite que se registre o testamento em tábua, pergaminho ou outra matéria. Das disposições tanto do testamento Público (Art. 1864), quanto o Cerrado (Art. 1.868), o Particular (Art. 1.876) e os Codicilos (Art. 1.881), no que diz respeito aos ordinários; e o Marítimo e Aeronáutico (Art. 1.888) e o Militar (Art. 1.893), no que tange aos Especiais, são registrados em papel¹⁶. A disposição seguinte permite a reprodução de exemplares do testamento, desde que guarde os requisitos formais. Justiniano ressalta que existe a possibilidade de o testador ter relações jurídicas diversas, e que dependam do teor do testamento para que sejam concretizados. Não há qualquer disposição similar no Código Civil.

Por fim, Justiniano arremata, no §14, que as disposições deste título somente se aplicam aos testamentos escritos. Caso o testador opte por testamento não escrito, são necessárias sete testemunhas.

I.1.2 – Do Testamento Militar (Título XI)

Justiniano inicia o referido título ressaltando a imperícia dos militares romanos para observar as formalidades testamentárias (J. Cretella, p. 127). Por tal motivo, para a codificação justiniana, basta a manifestação de vontade, *desde que se manifeste de qualquer*

¹⁶ Art. 19, § 5º; Art. 143, *caput*; Art. 146, *caput*; Art. 147, *caput*; dentre outras disposições da Lei de Registros Públicos.

modo. Nesse contexto, Justiniano rememora a consulta de Estatílio a Trajano, no § 1º, quanto à obediência de certas formalidades para o testamento militar, sob pena de nulidade.

Em consonância com o Estatuto da Pessoa da Deficiência, que alterou diversas disposições do Código Civil, o § 2º permite que pessoas com necessidades especiais (mudou ou surdo) possam fazer testamento. De forma indireta ao direito das sucessões, essa disposição encontra consonância com o Artigo 6º, *caput*, da Lei 13.146, de 2005.

A dispensa (§ 3.º) de certas formalidades abrange os soldados da ativa e *enquanto se acham nos arraiais* (J. Cretella, p. 128). Quando tratar-se de veteranos reformados e os de serviço, mas *fora dos arraiais*, prevalecem as regras do Título X. Caso o militar, no arraial, emita um testamento sem observar as formalidades, as disposições valem *até um ano depois da baixa*. Justiniano detalha ainda a hipótese em que o testador morre durante esse um ano mas certa condição imposta ao herdeiro somente se realiza depois do prazo. Nesse caso, o documento é considerado como testamento militar e válido. O CC/2002 apenas permite que outros militares exerçam papel de tabelião. O Código Justiniano utiliza a expressão “*nos arraiais*” para tratar dos militares que o Código Civil considera *a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do país ou fora dele, em praça sitiada* ou com as *comunicações interrompidas*. Àqueles que não se encontram nesse estado, aplicam-se as demais disposições (§ 3.º).

Quando o testamento é elaborado nos arraiais nos moldes do Título XI, ele vale até um ano depois da baixa. O artigo 1.895 permite que o testamento militar valha por até 90 dias se o testador estiver em local onde seja possível testar na forma ordinária. A exceção é a aplicação das formalidades do artigo 1.894 (redigir de próprio punho, assinar e datar por extenso, apresentá-lo aberto ou cerrado, apresentar ao auditor com mais duas testemunhas ou ao oficial que o substituir).

A regra do § 4.º valida a disposição expressa em testamento irregular antes de o testador ingressar *na milícia*, mas que o validou após tornar-se militar. O artigo 1.900 traz um rol de condições que tornam onde os testamentos já nascem nulos e o 1.909 prescreve que é anulável um testamento decorrente de *erro, dolo ou coação*. Não há qualquer menção à situação em que alguém redige um testamento, torna-se militar e posteriormente valida o que escreveu perante aquele que faz as vezes de um tabelião.

As disposições do § 5.º tratam do militar entregue a outro *pater familias*, passava a ser considerado incapaz e perdia seus bens para outro *pater familias* (Thainara Cunha, 2011) e do emancipado, onde permanecem válidas as disposições elaboradas antes de tal condição. Não consta das disposições do artigo 1.893 do Código Civil qualquer disposição no sentido de

entregar um militar para um chefe de família e nem de perda de bens em razão de emancipação.

Por fim, o § 6.º apenas recorda e amplia a disposição do *pecúlio castrense*. Eventual pensão devida a militar é regida pela Lei 3.765 de 1960, conforme a prioridade e condições prevista em seu artigo 7º, o que não é objeto deste estudo.

I.1.3 – Aqueles a quem não é permitido testar (Título XII)

Há proibição de testar para os *impúberes* e os *loucos*, mas, para estes, admite-se o documento feito em intervalo de lucidez (§ 1.º). Os impúberes são *absolutamente incapazes para os atos da vida civil*, conforme disposto no *caput* do Artigo 3º do CC/2002. Por isso, do cotejo entre a regra justiniana e a codificação civil, conclui-se que menores púberes não podem testar em qualquer; já os púberes podem testar. Nesse sentido, Tartuce traz a seguinte lição:

Como se percebe, a incapacidade deve ser analisada especificamente para o ato em si. O seu parágrafo único já traz a ressalva importante de que podem testar os menores púberes, com idade entre dezesseis e dezoito anos, tratados na Parte Geral como relativamente incapazes (art. 4.º, inciso I, do CC). Eis uma regra especial a respeito do testamento, o que demonstra tratar-se realmente de um negócio jurídico especial, *sui generis*, com características próprias (Tartuce, vol. VI, p. 344-345).

Quanto aos considerados como loucos, havia previsão de que tais pessoas seriam absolutamente incapazes, o que foi revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 2015).

O disposto no § 2.º veda que o pródigo tenha possibilidade de testar, assim como aquele que perdeu a *administração de seus bens*, mantendo as disposições testamentárias caso estas tenham sido confeccionadas antes da interdição. No caso do CC/2002, tal pessoa seria relativamente incapaz, motivo pelo qual o testador seria assistido¹⁷, sob pena de *anulabilidade ou nulidade relativa do negócio jurídico*. Ou seja, a regra justiniana veda que o pródigo possa testar ao passo que o CC/2002 o permite sob condição.

¹⁷ Tartuce, Flávio. Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral / Flávio Tartuce. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 126.

A dicção do § 3.º permite que surdos e mudos possam testar sob o fundamento de que mesmo as pessoas consideradas “instruídas” podem sofrer dessas condições, razão pela qual devem ser autorizadas a praticar tais atos. Na regra do § 4.º, limita-se a capacidade do deficiente visual à regra da *Constituição de Justino*. A redação original dos incisos do artigo 3º do Código Civil considerava-os absolutamente incapazes, o que restou revogado pelo Estatuto da pessoa com deficiência, os quais passaram a ter capacidade para os atos da vida civil, conforme sustentado por Tartuce:

Reafirme-se que o objetivo do citado Estatuto foi a inclusão plena dos portadores de deficiência para os atos existenciais, especialmente aqueles relativos à constituição de família, como se casar, constituir união estável e reconhecer um filho (art. 6.º da Lei 13.146/2015). Substituiu-se a dignidade no sentido de proteção da vulnerabilidade pela dignidade-liberdade (Tartuce, vol. VI, pp. 344-345).

A norma prevista no § 5.º declara inválido o testamento de quem se acha sob o poder inimigo. Norma esta que equivale à parte final do artigo 1.909 do CC/02, quanto ao testamento maculado por coação.

I.1.4 – *Da deserdação dos Descendentes (Título XIII)*

Determina o § 1.º que descendentes póstumos sejam expressamente declarados herdeiros ou destituídos. Justiniano recorda que era costume deserdar descendentes do sexo feminino e que, no caso de masculinos, *só podiam ser deserdados nomeadamente*, sob a fórmula: *Seja deserdado qualquer filho que me sobrevier*. O artigo 1.789 exige duas condições para o testador dispor de metade da herança, e desde que tenha herdeiros necessários¹⁸. O artigo 1.961 e seguintes do Código Civil admitem que sejam retirados do testamento aqueles *que podem ser excluídos da sucessão*, desde que *haja expressa declaração de causa* (Art. 1.964).

As disposições do § 2.º excluem aqueles que possuem o chamado direito de representação e estes somente podem herdar se expressamente nomeados pelo testador. O artigo 1.834 do CC/2002 sequer exige que o herdeiro em tal condição seja citado pois assume automaticamente a posição daquele que é pré-morto em relação ao testador pois *os descendentes da mesma classe ou grau têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes, conforme consta expressamente do art. 1.834 do Código Civil* (Tartuce, 2016, p.

¹⁸ Assim dispõe o artigo 1.845 do CC/2002: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

190). Assim como a regra justiniana, não há direito de representação na linha reta ascendente (Art. 1.852).

A regra prevista no § 3.º determina que emancipados não são herdeiros, automaticamente, bem como que cabe ao pretor¹⁹ deserdar àqueles que não forem expressamente nomeados. Prescreve ainda que, não sendo instituído como herdeiros e nem expressamente deserdados, o pretor lhe garante a posse dos bens. Na codificação atual, não há qualquer previsão quanto à deserdação pelo fato de o herdeiro se emancipar. O Artigo 1.814 traz as hipóteses de exclusão, que não se coaduna com qualquer disposição desta regra justiniana. Além disso, os herdeiros necessários têm garantida a porção da herança correspondente à legítima, podendo, se necessário, arguir tal erro quando intimadas a se manifestar sobre as primeiras declarações, conforme previsão do artigo 627 do atual Código de Processo Civil²⁰.

Prescreve o § 4.º que os filhos adotivos equiparam-se àqueles havidos por *justas núpcias* e somente podem ser excluídos da herança se emancipados. Apesar de não constar expressamente do Livro das Sucessões, tal regra está consoante o disposto no Artigo 1.596 do Código Civil, que trata da filiação e garante aos filhos adotivos os mesmos direitos dos filhos havidos na relação de casamento. Via de consequência, consideram-se os adotados descendentes do testador (Art. 1829, I), excluem os mais remotos (Art. 1.833), sucedem por cabeça (Art. 1.835), são considerados herdeiros necessários (Art. 1.845) e têm direito à legítima (Art. 1.846). Esta disposição Justiniana (equiparar adotado ao filho de *justas núpcias*, especialmente para fins do direito sucessório) é mais avançada, inclusive, que o disposto no Código Civil de 1916, que não equiparava o filho adotado aos filhos da relação de casamento, em qualquer hipótese, como o faz o *caput* do Artigo 1.596 do Código Civil de 2002. Não obstante, o CC/2002 não prescreve qualquer prejuízo ao herdeiro porventura emancipado pelo testador.

¹⁹ Anotam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (Vol. I, pp. 25-26): “Particular importância como fonte do direito romano têm os editos do pretor urbano e peregrino e do edil curul. Nas províncias que são administradas pelo senado e não pelo príncipe, têm a jurisdição dos pretores os governadores (*praesides*), e a dos edis os questores. Ao lado do pretor urbano, que desde os primeiros tempos da República administrava a justiça entre os cidadãos romanos, em 242 a. C., foi instituído um outro pretor com poderes jurisdicionais nas controvérsias entre estrangeiros (*peregrini*) de diversas comunidades ou entre cidadãos romanos e estrangeiros. Pela sua competência, este pretor romano foi chamado *praetor peregrinus*. Ao assumir o ofício, o pretor publicava o seu edito, cujas normas tinham valor durante todo o tempo em que exercia o cargo.”

²⁰ Assim dispõe o Art. 627 do CPC: “Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes:
I - arguir erros, omissões e sonegação de bens;
[...]
§ 1º Julgando procedente a impugnação referida no inciso I, o juiz mandará retificar as primeiras declarações.”

Conquanto a codificação justiniana proíba que a mulher seja testemunha no testamento, o § 5.º do presente título determina a igualdade entre homens e mulheres quanto ao direito de herdar, posto que:

[...] não se deve fazer distinção entre os homens e as mulheres, porque uns e outros concorrem, segundo sua natureza, para a procriação da espécie humana, além de que eram todos chamados igualmente à sucessão abintestado pela Lei das XII Tábuas, obser pelos pretores (Cretella, p. 135).

A Constituição Federal não é objeto do presente estudo, mas observa-se total correspondência ao previsto ao Art. 5º, I, da referida norma. O atual Código Civil sequer prescreve distinção entre homem e mulher para efeitos sucessórios, e prefere falar de *pessoa*, em vez de homem ou mulher, como o fazia o Código Civil de 1916, que, em sua redação original, exigia autorização do marido (Art. 242, IV, VI e VII) para que a mulher pudesse aceitar herança, litigar em juízo cível ou exercer profissão.

O comando do § 6.º dispensa que um militar em expedição declare expressamente que deserdou determinado herdeiro, caso tenha conhecimento de sua existência. Basta que silencie a respeito para que o herdeiro seja considerado deserdado. Similar às disposições do parágrafo anterior, o § 7.º também permite que o silêncio a respeito de herdeiros equivalha à deserdação no caso de o testador ser a mãe ou avô materno.

As prescrições do Testamento Militar, no caso do Código Civil, nada dizem quanto ao silêncio em relação a determinado herdeiro, independentemente de ser conhecido pelo testador. Além disso, a deserdação somente é possível nos casos previsto no rol do artigo 1.961 e seguintes do Código Civil, combinados com o Art. 1.814:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

[...]

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

I.1.5 – Da Instituição de Herdeiro (Título XIV)

O presente Título trata, nos três primeiros parágrafos, da herança concedida a um escravo. Como essa figura jurídica há muito deixou de ser considerada legal no Brasil, há uma adaptação para que, ao realizar o exercício de direito comparado, seja tomado funcionário no lugar de escravo.

Prescreve o § 1.º que deve ser concedida a liberdade e conseqüentemente a condição de herdeiro necessário ao escravo instituído herdeiro. O escravo é livre para aceitar a herança, pois não é considerado herdeiro necessário. Na hipótese de ter sido comercializado a outrem, depende da autorização de seu proprietário para habilitar-se. Entende a codificação justiniana que, uma vez comercializado a terceiros, o senhor desiste de libertá-lo. Assim, somente por permissão de seu senhor o escravo conseguiria herdar e adquirir liberdade.

Conquanto a codificação vigente não prescreva qualquer regra quanto a escravos, verifica-se parcial correlação com o disposto no art. 1.786, segunda parte, que trata da disposição de última vontade. Pode-se equiparar a disposição deste parágrafo com a situação em que o testador deixa sua herança para um (ou alguns) funcionário, como ocorreu com o caso do fundador da cerveja Corona²¹, que deixou o equivalente a R\$ 8,8 milhões para cada um dos moradores da aldeia em que ele nasceu (Cerezales del Condado).

²¹ Disponível em <https://extra.globo.com/noticias/mundo/fundador-de-cervejaria-deixa-710-milhoes-de-heranca-para-moradores-de-sua-cidade-20538777.html>, acesso em 05/09/2017.

No entanto, para que o testador possa dispor da integralidade da herança em favor de um funcionário, é preciso que não haja herdeiros necessários (Art. 1.829 e 1.845 do CC/02). Do contrário, deverá respeitar a legítima (Art. 1.846).

Na regra do §2.º existe a previsão de que um escravo alheio possa ser nomeado herdeiro mesmo após a morte de seu proprietário. Em consonância até mesmo com a teoria concepcionista²², prescreve a parte final do §2.º que o nascituro escravo também pode ser instituído herdeiro.

O CC/02 admite que o nascituro possa herdar (Art. 1.798), desde que a genitora esteja viva por ocasião da abertura da sucessão (Art. 1.799, I). Neste caso, o juiz nomeará um curador para administrar os bens da herança (Art. 1.800). As disposições são similares quanto à possibilidade de nomear um nascituro para herdar, mas a codificação justiniana nada diz quanto a ser necessária qualquer intervenção de um pretor ou se será nomeado curador em favor do concepturo.

O comando do §3.º trata do escravo que possui diversos senhores e é nomeado herdeiro por alguém que não é seu senhor. Nesse caso, os senhores passam a ser donos da herança, *na proporção do domínio de cada um*.

Não há qualquer similaridade entre esta disposição e o previsto no CC/02. Mesmo que se trate de um funcionário nomeado a herdar, não há qualquer limitação ou restrição decorrente de seu vínculo trabalhista com outras pessoas estranhas ao testador.

Autoriza o §4.º que o testador nomeie um ou vários herdeiros.

Tal disposição é praticamente consoante o previsto na codificação vigente, tanto nos testamentos da forma ordinária quanto os especiais. No caso do CC/02, o testador deverá observar os limites da legítima e as formalidades previstas para o tipo de testamento que redigir.

Determina o § 5.º uma curiosa disposição, onde a herança é dividida em 12 partes. Ao todo dá-se o nome *asse*; às partes, dispostas na forma ordinal, classificam-se: *uncia* (1/12), *sextans* (1/6), *quadrans* (1/4), *triens* (1/3), *quincunx* (5/12), *semis* (1/2), *septunx* (7/12), *bes* (2/3), *dodrans* (3/4), *dextans* (5/6), *deunx* (11/12). Embora ressalte a divisão nesta ordem, há liberdade para divisão da herança em tantas partes quantas desejar o testador. No entanto, há vedação para que o quinhão não destinado seja transmitido para os herdeiros legítimos. Nesse

²² Carlos Roberto Gonçalves (2016) traz a distinção entre as doutrinas natalista, concepcionista e a da personalidade condicional: A *natalista* afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; a da *personalidade condicional* sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida; e a *concepcionista* admite que se adquira a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida (p. 103).

caso, ocorre a vedação ao herança sob duas formas: testamentária e não testamentária, ao mesmo tempo. A exceção é, novamente, para o testamento militar, onde deve ser considerada expressamente a vontade manifestada pelo militar.

A divisão prevista pelo Código Civil diz respeito apenas à fração correspondente à legítima (Art. 1.846) e a que o testador pode dispor, conforme os critérios do Artigo 1.847. Enquanto a legítima é dividida igualmente entre os herdeiros, a fração disponível pode ser fracionada a critério do testador. Caso este deixe de destinar alguma parte da herança disponível, tal montante é destinado aos herdeiros necessários (Art. 1.966). Inversamente, caso o montante destinado à fração disponível ultrapasse seu limite, deverá haver redução proporcional (Art. 1.967, §1º). Enquanto o Código Civil admite a existência de bens não descritos na herança, conferindo-os aos herdeiros legítimos (art. 1788, *caput*, segunda parte), a regra de Justiniano diz que, mesmo que o testador disponha apenas de parcela da herança em testamento, seus bens serão considerados como um todo. Ou seja, ou herdeiro é testamentário, e nesse caso a totalidade de bens será considerada na transmissão, mesmo que não conste do testamento, ou então, é legítimo (ou *ab intestado*).

As disposições dos §§ 6º a 8º trazem critérios para divisão dos quinhões entre herdeiros. Registra o §6.º que presume-se a igualdade nos quinhões, exceto na hipótese de declaração expressa. Por outro lado, se, num rol de herdeiros, o testador prescreve o quinhão de alguns e nada diz sobre a porção que cabe a um outro herdeiro, então entende-se que a este cabe a porção remanescente. Registra ainda que não importa a posição em que se encontra aquele a quem for atribuída a porção remanescente da herança. Este sempre herdará o quinhão que não foi destinado aos demais. O disposto no §7.º visa solucionar eventual conflito surgido em razão da divisão de parcela da herança entre herdeiros e ainda remanescer alguma parcela. Nesse caso, a porção sem destinação será dividida igualmente entre os herdeiros nomeados pelo testador. O mesmo critério se aplica caso haja mais herdeiros que os respectivos quinhões.

Na regra vigente, divide-se igualmente a legítima conforme disposto nos artigos 1.832 e seguintes do Código Civil, que distingue ascendentes, colaterais, o regime de bens do casal, se o testador for casado, dentre outras situações. Quanto à porção disponível, esta fica a critério do testador distribuir, pouco podendo os herdeiros necessários e o cônjuge fazer a respeito das disposições que o testador registrar no que tange a essa porção da herança. Enquanto o § 7.º prescreve o critério para distribuir parte da herança não destinada aos herdeiros, o Código Civil traz critérios para divisão da herança, a começar pela proibição de que conste do testamento a parcela referente à legítima (Art. 1.857, §1º). Assim, por essa regra, nada pode declarar o testador quanto à destinação da porção que a lei confere aos

herdeiros necessários, caso existam. Para fins de comparação, a prescrição do §7.º somente é possível com a parte disponível da herança. O § 7.º encontra similaridade com o previsto no artigo 1.904, que prevê a divisão em partes iguais para os herdeiros indicados, na situação em que não lhes seja discriminada a parte devida a estes. Também é possível que haja destinação a sujeitos específicos e a determinadas coletividades. Nesse caso, divide-se a parte disponível entre as pessoas especificadas e a eventual coletividade é tomada como uma única pessoa (Art. 1.905, *caput*). A regra do Artigo 1.906 corresponde parcialmente ao parágrafo mencionado. Neste caso, fixados os quinhões devidos herdeiros, caso haja bens remanescentes, estes reverterem em benefício dos herdeiros necessários. Neste caso, o Código Civil adota, parcialmente, critério similar ao da regra justiniana, por segregar a herança em duas porções: a legítima e a disponível, algo que não ocorre neste título da codificação em estudo.

Ao retomar a divisão prevista no § 5.º, a regra do §8.º estabelece que, ao distribuir mais de *doze onças*, o herdeiro remanescente não abrangido pelo primeiro monte deverá ser incluído no segundo. Nesse ponto, há que se distinguir se o herdeiro está ou não mencionado no testamento. O código Justiniano é omissivo nesse ponto. A doutrina atual prescreve que *o testamento não comporta interpretação extensiva* (Tartuce, 2016, p. 343). Desse modo, ou o herdeiro está incluído na parte disponível e herda o remanescente (Artigo 1.906), ou então, sequer será contemplado, pois uma das características mais marcantes do testamento é a sua formalidade (Tartuce, 2016, p. 343).

As disposições dos §§ 9.º a 11, que serão analisadas conjuntamente, tratam das condições a que o testador pode submeter um herdeiro para que este possa exercer a posse ou a propriedade de determinado bem.

A regra do §9.º proíbe uma disposição curiosa: que o testador estabeleça um interregno durante o qual determinado herdeiro usufrua da herança. Assim, é prescrita a transmissão *pura e simples*. Se houver disposição de tempo, esta será nula. O comando do § 10. torna nula qualquer disposição considerada como disposição impossível. Determina o § 11 que, caso o testador imponha várias condições conjuntas (cumprir *A* e *B*), elas devem ser cumpridas todas para que a exigência se considere satisfeita. Por outro lado, na hipótese de condições disjuntivas (fazer *A* ou *B*), basta cumprir uma delas para que se considere a obrigação satisfeita.

Prescreve o Código Civil (artigo 1.791) que a herança é um *todo unitário*, que é transmitida aos herdeiros assim que *aberta a sucessão* (Art. 1.784). Tartuce (2016) ensina que a sucessão *ocorre com a morte da pessoa*, e por isso *trata-se da consagração da máxima*

droit de saisine. Citando Maria Helena Diniz, Tartuce prescreve que são transmitidas aos herdeiros *as obrigações, [...] propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos*. Há regras do Código Civil que preveem condições resolutivas, terminativas ou suspensivas (artigos 121 a 137 do Código Civil) quanto à propriedade, posse dos bens que podem ser cominadas com a assunção de obrigações.

Na porção disponível da herança, uma vez transmitida, nos termos do art. 1.784 do CC, ela é primeiramente considerada como um todo unitário (art. 1.791), em relação à qual aplicar-se-á as regras relativas ao condomínio (art. 1.791, parágrafo único). Neste título, não há distinção entre porção disponível e a legítima. O inventariante, se houver, poderá ajuizar a ação de inventário (artigo 610 do CPC), ou alternativamente, se todos estiverem de acordo, poderá ser feita escritura pública (Art. 610. §2º, do CPC).

Se litigiosa a partilha, o juiz fixará o quinhão devido a cada um (Art. 647, *caput*, do CPC) e proferirá sentença (Art. 654), com os documentos previstos no artigo 655, a saber:

- I - termo de inventariante e título de herdeiros;
- II - avaliação dos bens que constituíram o quinhão do herdeiro;
- III - pagamento do quinhão hereditário;
- IV - quitação dos impostos;
- V - sentença.

Na hipótese de autor da herança doar seus bens em vida, por meio da respectiva escritura pública da qual conste a concordância expressa dos herdeiros necessários e descendentes, além da liberação de futura colação, se uma pessoa quiser alegar prejuízo à legítima, entende o STJ (REsp 1.523.552-PR, informativo 573) que o procedimento processual correto para isso é da ação anulatória, e não ação de inventário.

Além disso, se for necessário julgar dissolução parcial de sociedade limitada com apuração de haveres, prescreve o STJ que a demanda deverá tramitar no juízo cível, e não no sucessório (REsp 1.459.192-CE, informativo 566).

Por outro lado, se amigável, a partilha é homologada pelo juiz (art. 659, *caput*), onde os próprios herdeiros nomeiam o inventariante, declaram os títulos dos herdeiros e os bens do espólio e atribuem valor aos bens do espólio (Art. 660, I, II e III).

As disposições processuais relativas ao trâmite processual da transmissão, inventário e partilha demonstram que após a declaração judicial sobre a herança, esta passa a ser propriedade ou posse do(s) herdeiro(s). A propriedade, segundo Carlos Roberto

Gonçalves²³, se caracteriza pelo *jus utendi* (*faculdade de servir-se da coisa e utilizá-la*), *jus fruendi* (*perceber os frutos econômicos da coisa e aproveitá-la economicamente*) *jus abutendi* (*transferir, gravar ônus e alienar*), e *rei vindicatio* (*reivindicar a coisa de quem a detém injustamente*). De outro lado, a posse, indiretamente conceituada pelo Código Civil, se caracteriza pelo exercício *pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*²⁴.

No direito sucessório brasileiro, o herdeiro pode receber a propriedade de um bem ou a posse. Ao deter a propriedade, o sujeito poderá dispor da herança como bem entender. Existe também a possibilidade de o testador estabelecer alguma condição nos moldes dos artigos 121 a 137 do Código Civil. A condição *subordina a eficácia (do negócio jurídico) a evento futuro e incerto [...] que suspende a aquisição e exercício do direito* (Tartuce, vol. VI, p. 410). Assim, o testador pode estabelecer que o herdeiro “X” somente receberá o bem “B” se cumprir a disposição “A”.

De outro modo, o testador pode estabelecer uma condição resolutiva (artigo 127 do Código Civil), a qual se extingue quando realizar-se a referida condição.

A doutrina discute²⁵ as consequências de quando a condição não é satisfeita. O Título XIV trata apenas da hipótese da imposição de uma condição, mas não da inexecução do encargo.

Tartuce comenta a possibilidade de que o testador possa estabelecer uma disposição temporária, combinada com o artigo 127 do CC, nos seguintes termos:

Por seu turno, se for resolutiva a condição, enquanto esta não for realizada, vigorará o negócio jurídico, sendo ele existente, válido e eficaz (art. 127 do CC). Sendo assim, será possível exercer desde a conclusão do negócio o direito por ele estabelecido, havendo direito adquirido em casos tais. No entanto, conforme o art. 128 da própria codificação privada, sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe. Partindo para um caso testamentário específico, imagine-se a seguinte disposição: “Deixo meu carro para meu sobrinho Joaquim enquanto ele estiver cursando a faculdade”.

Durante o curso descrito, o direito de Joaquim estará assegurado, sendo extinto quando ele terminar os estudos, ocasião em que o carro será destinado a todos os herdeiros legítimos do falecido (Tartuce, vol. VI, p. 410).

Em cotejo com os dispositivos do Código Civil, há também a possibilidade de que o testador prescreva determinada disposição em razão de algum elemento subjetivo, a qual depende de um *aspecto subjetivo ou pessoal da causa do negócio subjacente, variando enormemente, de acordo com a vontade do testador* (Tartuce, vol. VI, p. 411). Assim, o

²³ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 5 : direito das coisas. – 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2013, pp. 228/231.

²⁴ Artigo 1.196 do Código Civil de 2002: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

²⁵ Nesse sentido: Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, dentre outros (Tartuce, v. VI, p. 411).

testador pode atribuir a herança a um sujeito que praticou um ato de bravura, caridade, destacou-se em sua carreira, dentre outras possibilidades a critério e arbítrio do testador (artigo 1.897, *caput*, parte final).

O Código Civil (art. 1.802) registra que são nulas as disposições em favor de quem não detém legitimidade, simulações, assim como as prescrições do artigo 1.900:

Art. 1.900. É nula a disposição:

I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Além disso, podem ser anuladas as disposições que decorram de *erro, dolo ou coação* (Art. 1.909).

Por fim, o § 12 autoriza que o testador nomeie como herdeiro aquele *a quem nunca viu, como quando institui os filhos de um irmão, nascidos no estrangeiro*. Tal regra encontra semelhança com o disposto no inciso I do artigo 1.901. Tartuce (vol. VI, p. 418) assevera e adverte que *é necessário uma especificação inicial mínima*, pois o que se proíbe é a *indeterminação subjetiva absoluta*. Por exemplo, quando o testador prescreve: *deixo o bem A para algum de meus filhos, a critério do meu vizinho*.

I.1.6 – *Da Substituição Vulgar (Título XV)*

O Título XV trás diversos critérios para que, na hipótese de um primeiro herdeiro não receber a herança, outro possa herdar. Admite-se que um herdeiro seja substituído por vários e vice-versa (§ 1.º). Se o herdeiro adotar a substituição vulgar em quinhões desiguais, conclui-se que cada parcela foi instituída com essa intenção (§2.º). Se o testador nomeia A como herdeiro, B como substituto vulgar e depois nomeia C, no lugar de A e B, então C deve ser admitido nos quinhões indistintamente (§ 3.º). Por fim, o § 4.º trata da herança deixada para um escravo A, “pai de famílias”, com autorização de “seu senhor”, cujo substituto seja B. Nesse caso, B é admitido parcialmente.

O Código Civil também admite a substituição no Capítulo IX do Livro das Sucessões. Os critérios estão nos artigos 1.947 e seguintes.

A substituição vulgar ou ordinária encontra-se disciplinada na Seção I do capítulo retromencionado, e é *aquela em que o testador substitui diretamente outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado* (Tartuce, vol. VI, p. 478).

Se o herdeiro não puder ou não quiser aceitar, admite-se que ele substitua a pessoa designada, assim como que ele substitua uma pessoa por várias e vice-versa (artigos 1.947 e 1.948). De qualquer forma, o substituto deverá submeter-se às mesmas condições do substituído (art. 1.949), se assim o quiser o testador. Também há previsão para a hipótese de divisão em quinhões desiguais.

I.1.7 – Da Substituição Pupilar (Título XVI)

Este capítulo prescreve as regras para a substituição na hipótese de um herdeiro ainda impúbere. O § 1.º trata dos descendentes mentecaptos (*mente captos*) e os equipara aos impúberes para efeitos de substituição pupilar.

Embora não conste expressamente do livro das sucessões, aqueles que se equiparam aos mentecaptos (doentes mentais) passaram a ser capazes para os atos da vida civil em razão da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.145/2015), mais especificamente o artigo 6º, combinado com o artigo 3º do Código Civil. Nesse ponto, a regra em vigor se distingue do previsto na codificação de Justiniano, a qual prescreve que os doentes mentais (mentecaptos) possam ser insertos na regra da substituição pupilar. Quanto aos impúberes, a regra para eles se equipara ao previsto no artigo 3º do Código Civil, que trata dos absolutamente incapazes. O testador poderá deixar bens para os absolutamente incapazes, mas estes são representados pelos seus responsáveis (Gonçalves, vol. 1, p. 110).

O § 2.º ressalta a possibilidade de dúvidas quanto à existência de dois testamentos, *um do pai e outro do filho*, por isso reafirma que há apenas um testamento. O capítulo referente às substituições não possui prescrição similar. Depreende-se das lições de Tartuce que apenas um documento é emitido:

A partir de todos esses ensinamentos, pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência (Tartuce, vol. VI, p. 335).

Como visto, o testamento constitui um negócio jurídico diferenciado, *sui generis* e especial, com regras específicas em livro próprio da codificação privada, dedicado ao Direito das Sucessões. Sendo assim, o testamento possui preceitos específicos também a respeito do seu conteúdo e de sua interpretação no Código Civil de 2002,

normas essas que estão reunidas em tópicopróprio da codificação intitulado “Das Disposições Testamentárias” (Tartuce, vol. VI, p. 409).

Consta do §3.º a preocupação com o filho impúbere sujeito a ações ilícitas para que a herança lhe seja subtraída por ter substituto conhecido. Nesse caso, o testador deverá testar normalmente na primeira parte do documento e, na segunda, nomear o substituto. A diferença é que, na segunda parte, a nomeação do substituto deve ser lacrada com linha e sinete próprio. Consta ainda a determinação de que a parte selada não seja aberta enquanto o filho for impúbere.

Esta prescrição não encontra similaridade com a legislação em vigor porque o absolutamente incapaz, em regra, possui um representante legal (Gonçalves, vol. 1, p. 110). O Código Civil prescreve que, caso os pais do menor venham a falecer, sejam julgados ausentes ou decaiam do poder familiar (art. 1.728, I, II e III), seja adotada a medida da tutela. O tutor é nomeado por um juiz (Art. 1.732), o qual deve ser idôneo e residir no domicílio do menor nas seguintes hipóteses:

- I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;
- II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;
- III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

É possível ainda que o juiz nomeie um *protutor* para fiscalizar os atos do tutor (art. 1.742, *caput*). Enquanto a regra de Justiniano procura zelar pela integridade do impúbere face à possibilidade de seu substituto atentar contra o herdeiro, o Código Civil, combinado com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como a colocação em família substituta, tutela ou adoção (artigo 28, *caput*, do ECA). A legislação em vigor prevê diversas formas de promover a proteção do absolutamente incapaz.

Além disso, caso o substituto atente contra a vida do menor ou pratique qualquer uma das condutas previstas no inciso I do artigo 1.814 do CC, este será excluído da sucessão.

Os parágrafos seguintes prescrevem mais critérios para os casos de substituição de menores impúberes.

A regra do §4.º trata da substituição na hipótese de falecimento dos filhos impúberes do testador. No §5.º, existe a determinação de que, feito o testamento para os descendentes, o testador também deve fazê-lo para si, pois o documento pupilar é considerado parte do testamento paterno. O §6.º autoriza a substituição no testamento pupilar em relação a cada um descendentes, bem como que se faça referência ao último que vier a falecer. O comando do § 7.º estabelece a substituição do menor impúbere pelos demais herdeiros instituídos, conforme

o quinhão que herdaram. Para fins de *pupillari substitutione*, admite-se substituto ao descendente de até 14 anos, se masculino, e 12 anos, se feminino. Após essa idade, a substituição pupilar perde seus efeitos. Por fim, o §9.º trata do filho púbere e do estranho instituídos como herdeiros. Nesse caso, proíbe-se a nomeação de substituto que seja herdeiro caso algum destes morra *dentro de certo tempo*. A atribuição de um encargo somente é possível por fideicomisso, que será tratado em tópico futuro.

Segundo as lições de Tartuce, na substituição testamentária *já consta do testamento quem será o herdeiro a ser chamado em segundo lugar, de forma sucessiva no tempo. Quebra-se, pela nomeação testamentária, a ordem de vocação hereditária prevista em lei* (Tartuce, vol. VI, p 478). Segundo o mesmo autor, o atual Código Civil prescreve três formas de substituição: vulgar ou ordinária, recíproca e a fideicomissária.

I.1.8 – De que Modos se Invalidam os Testamentos (Título XVII)

O presente título estabelece as regras para que seja declarada a perda de eficácia do testamento quando este for rompido ou nulo. No § 1.º, ocorre o rompimento do testamento quando as condições do testador permanecem constantes mas as consequências do documento se alteram. Isso se dá, no exemplo de Justiniano, quando o testador adota um filho, por permissão escrita do príncipe ou autorização do pretor.

No que diz respeito à legítima, o filho adotado tem os mesmos direitos daqueles naturais (artigo 41, *caput*, da Lei 8.069/1990) e isso não invalida o testamento anteriormente redigido. No ordenamento jurídico em vigor, o testador somente pode dispor da parte disponível da herança (art. 1.857, §1º, do CC). Assim, ele pode destinar expressamente seus bens como bem entender, até mesmo excluir ou incluir um filho adotivo em um determinado quinhão. Da parte legítima, o testador nada pode dispor. Já na parte disponível, se houver contradição ou alguma prescrição que não possa ser cumprida, ou que decorra de erro, tal disposição poderá vir a ser anulada (artigo 1.909, *caput*). Por exemplo, o testador deixa sua parte disponível para certa pessoa que falece antes dele e não tem herdeiros. Tartuce dispõe do erro com relação à pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada nos seguintes termos:

Como ocorre com as demais modalidades de negócio jurídico (art. 171, inciso II, do CC), o erro também gera a anulação do testamento. Cabe lembrar que o erro é vício do consentimento presente quando há um engano substancial quanto a um elemento do ato correspondente. No caso do testamento, o erro mencionado que gera a sua nulidade relativa diz respeito à indicação da pessoa do herdeiro ou legatário (*error in*

persona), ou quanto à coisa legada (*error in corpore*). Deve ficar claro que não há nulidade absoluta do ato testamentário, mas nulidade relativa (Tartuce, vol. VI, p. 420).

Os §§ 2º e 3º prescrevem que, feito um primeiro testamento e, posteriormente, outro, o mais recente anula, automaticamente o mais antigo. Esses parágrafos trazem duas regras: uma em que o testamento é posterior mas não institui herdeiros; e outra, onde o testador trata parcialmente da destinação de seus bens. O §2.º determina que feito um testamento posterior a outro, o mais antigo é rompido (anulado) e não importa se o mais recente deixou de instituir herdeiro. Se o instituído rejeitar a herança, morrer antes do testador ou não cumprir a condição imposta, então se considera o primeiro testamento nulo e inválido o segundo, por não instituir herdeiro. A prescrição do §3.º trata da hipótese em que alguém dispõe de seus bens em um primeiro testamento e, no segundo, disponha apenas de parte deles. Mesmo assim, se considera totalmente revogado o primeiro testamento.

O artigo 1.858 do CC autoriza que o testamento seja alterado a qualquer tempo. A elaboração de testamento sem a instituição de herdeiro ou sem qualquer menção ao patrimônio encontra é permitida, conforme se extrai do § 2º do artigo 1.857 do CC²⁶. O Código Civil autoriza que um testamento revogue outro (artigo 1.969, *caput*), mesmo que seja de forma parcial (artigo 1.970, *caput*). Se o segundo testamento não contrariar o primeiro, este subsiste; do contrário, é revogado (artigo 1.970, § único). Assim, enquanto a regra de Justiniano prevê a revogação expressa, de qualquer forma, o Código Civil autoriza a subsistência do primeiro testamento, exceto naquilo que contrariar o documento mais recente ou se houver revogação expressa. A revogação persiste mesmo quando suas disposições caducarem por *exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado*. Nesta hipótese, a parte disponível é revertida para os herdeiros necessários (artigo 1.966, *caput*).

As regras dos §§ 4.º ao 6.º tratam da situação em que testador perde sua capacidade no decurso do tempo. No comando do § 4.º, fica estabelecido que pode ser invalidado o testamento regularmente confeccionado se aquele que o elaborou tiver diminuição de capacidade. Em continuação, o §5.º determina que o testamento será nulo (írrito). No testamento rompido e os que começaram de forma irregular também são considerados nulos em decorrência da diminuição da capacidade. Já o §6.º observa que as prescrições de um testamento regularmente elaborado e posteriormente nulo pela diminuição da capacidade do testador *não são absolutamente inúteis*. Isso se dá quando sete testemunhas assinam e selam o testamento. Neste caso, o herdeiro instituído pode tomar posse dos bens. Para tanto, exige-se

²⁶ Art. 1.857 [...] § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

que o falecido, no momento da morte, seja cidadão romano e pai de família. Se o *de cujus* perdeu a cidadania, a liberdade for dado em adoção, sob a tutela de um pai adotivo ao momento da morte, então o herdeiro instituído não poderá tomar posse dos bens.

Em comparação com as regras do Código Civil, a perda de capacidade não afeta as disposições testamentárias, pois basta que o testador seja capaz à época da confecção do testamento; e se não puder exprimir vontade, por causa transitória ou permanente, (artigo 4º, III, do Código Civil), admite-se que seja *assistido por um representante legal, sob pena de anulabilidade* (Gonçalves, vol. I, pp. 113 e 114). Além dessa situação, o Estatuto da Pessoa com Deficiência afastou a impossibilidade de testar daqueles que possuem doença ou deficiência mental, pois seu artigo 6º estabelece que as pessoas abrangidas por esta lei têm plena capacidade civil. A regra romana trata nos parágrafos § 4º e 5º daqueles que eram plenamente capazes à época do testamento e depois tiveram sua capacidade reduzida. É uma situação similar àqueles que contraem a doença generativa de Alzheimer²⁷, que afeta severamente o intelecto do indivíduo e sua manifestação de vontade:

A doença de Alzheimer é a causa mais comum de respostas cognitivas desadaptadas. Ela afeta, inicialmente, a formação hipocampal, o centro de memória de curto prazo, com posterior comprometimento de áreas corticais associativas. Além de comprometer a memória, ela afeta a orientação, atenção, linguagem, capacidade para resolver problemas e habilidades para desempenhar as atividades da vida diária.³ A degeneração é progressiva e variável, sendo possível caracterizar os estágios do processo demencial em leve, moderado e severo, mesmo considerando as diferenças individuais que possam existir (Luzardo, et al, 2006, p. 589).

No caso descrito no §6.º, o indivíduo teve diminuída sua capacidade mas atendeu à uma formalidade: arrolar 7 testemunhas, que assinaram o testamento. O artigo 1.861 do código civil afasta qualquer alegação posterior de nulidade decorrente de *perda superveniente da capacidade de testar*. Assim, as disposições dos §§ 4.º ao 6.º diferem do previsto do Código Civil, que determina subsistir a vontade do testador, mesmo que venha a padecer de enfermidade que lhe afete a manifestação da vontade.

A exigência de testemunhas se dá no testamento público (artigo 1.864, III), no cerrado (artigo 1.868, I), no particular (artigo 1.876, § 1º), no marítimo e aeronáutico (artigo 1.888, *caput*) e no Militar (artigo 1.893, *caput*). Essas formalidades reforçam a manifestação de vontade do testador e contribuem para que se responda adequadamente a qualquer impugnação ao testamento decorrente de eventual incapacidade de testar.

²⁷ Luzardo, Adriana Remião, et al. Características de idosos com doença de Alzheimer e seus cuidadores: uma série de casos em um serviço de neurogeriatria. Artigo extraído de: Luzardo AR. Características de idosos com doença de Alzheimer e seus cuidadores: uma série de casos em um serviço de neurogeriatria [dissertação]. Porto Alegre (RS): UFRGS/Programa de Pós-Graduação em Enfermagem; 2006. Disponível em http://scholar.google.com.br/scholar_url?url=http://www.scielo.br/pdf/tce/v15n4/v15n4a06&hl=pt-BR&sa=X&scisig=AAGBfm2ABPQGUSWeSsi5OLHSiwJVuDGctw&nossl=1&oi=scholar&ved=0ahUKEwi_pKgmbXWAhXGFJAKHWVMAEIQgAMIJSgAMAA, acesso em 21/09/2017, às 03h23.

Na dicção do §7.º, consta que um testamento não pode ser meramente invalidado porque o testador quis que não valesse. Também não se invalida um testamento quando o testador começa a redigir um novo (que anularia o anterior, conforme a regra do §3º), mas por circunstância alheia à sua vontade não consegue terminá-lo. Nesse sentido, citando o Imperador Pertinax, Justiniano prescreve que testamento imperfeito é nulo. Por isso, o segundo testamento, inacabado, não tem qualquer validade.

Se uma disposição for passível de diversas interpretações, adotar-se-á a que melhor expressar a vontade do testador (artigo 1.899, *caput*). O Código Civil não traz previsão específica para o caso do testador que, ao redigir nova disposição testamentária com intenção de revogar a anterior, vem a falecer antes de concluir o documento. Além disso, como são necessárias certas formalidades (testemunhas em todos os casos, tabelião em alguns, autoridades militares em outros), o testador prudente somente solicitaria a assinatura das testemunhas após concluir o documento. Por outro lado, dificilmente uma pessoa prudente assinaria uma folha em branco para que depois fosse preenchida com a declaração que entender cabível o testador.

O § 8.º traz duas situações curiosas. A primeira, onde o testador nomeia o príncipe como herdeiro de bens sob litígio. Na segunda, proíbe-se que seja nomeado o príncipe para que este resolva eventuais irregularidades envolvendo os bens do testador.

Não há qualquer disposição similar na codificação privada brasileira no sentido de o testador utilizar-se de determinado agente público para que este possa facilitar de algum modo transmissão de bens, o que equivaleria a uma simulação, o que é vedado pelo artigo 167 do Código Civil, e a depender do agente público que pratica o fato e da conduta, poderá haver incursão no artigo 321 do Código Penal, além da possibilidade de Corrupção Passiva (artigo 317), Prevaricação (artigo 319), além das cominações previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), ou até mesmo Crime de Responsabilidade para as autoridades ali descritas.

I.1.9 – *Do Testamento Inoficioso (Título XVIII)*

As regras seguintes tratam do litígio que envolve herdeiros eventualmente prejudicados e os procedimentos que devem ser adotados, as limitações e o modo como será repartida a herança. Neste título, parte-se do princípio de que o testador não era louco, elaborou um testamento regular, mas contrariou *sentimentos naturais*.

No primeiro parágrafo, autoriza-se os descendentes a ajuizarem ação em desfavor do ascendentes, e vice-versa. Proíbe-se também parentes mais distantes que os irmãos ajuízem tal demanda. Determina o §.2º que filhos naturais e adotivos somente ingressem com ação se não existir outro modo de angariar a herança do falecido. Adverte o §3.º que a ação mencionada somente é cabível para aqueles a quem nada for deixado. Se for uma parcela ínfima, então é garantida a reserva de até 25% da legítima. Autoriza o §4.º que o tutor ajuíze a *ação de inoficiosidade* para o caso em que o tutor a quem cabia o encargo nada recebeu para exercê-lo. Por outro lado, o §5.º garante o legado ao tutor mesmo que o pupilo alegue a inoficiosidade. Em conclusão, o §6.º, estabelece como requisito para a ação de inoficiosidade que o interessado tenha a quarta parte dos bens a título de *herança, legado, fideicomisso, doação causa mortis e doação inter vivos*.

O artigo 1.859 do CC limita a impugnação da validade do testamento ao prazo de cinco anos. Conforme dicção das regras sucessórias, a herança divide-se entre a porção legítima (indisponível) e a disponível. Ocorre que a parte da legítima sequer deve constar do testamento (artigo 1.857, §1º) e a parte disponível pode ser para todos aqueles que não estejam impedidos de herdar, conforme dicção do artigo 1.801:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

- I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
- II - as testemunhas do testamento;
- III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

I.1.10 – *Das Diferentes Espécies de Herdeiros (Título XIX)*

O presente título trata da distinção entre os herdeiros necessários, seus e necessários e estranhos. Nos três primeiros parágrafos, há especificação de quem são cada um deles. Na regra do §1.º considera-se herdeiro necessário o *escravo instituído herdeiro*. Ao morrer o testador, ele se torna herdeiro e livre. É uma forma de solver a dívida com os credores. E, mesmo assim, nem todos os bens do escravo herdeiro lhe são tomados para quitar o débito. Na prescrição do §2.º, considera-se *herdeiros seus e necessários* os descendentes do testador. Justiniano explica que o termo *seus* se justifica porque os herdeiros *são de casa e necessários* porque herdam querendo ou não. Consta do §3.º a norma de que àqueles que não estão sujeitos ao testador chama-se *estranhos*. Equiparam-se a estes, segundo Justiniano, os

herdeiros instituídos pela mãe, *porque as mulheres não têm pátrio poder*, assim como o escravo nomeado e mantido pelo senhor, mesmo após a confecção do testamento.

Para o Código Civil, herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e o cônjuge (artigo 1.845, *caput*). Nesse ponto, a codificação vigente e a romana nada possuem em comum, nem por aproximação com um eventual funcionário ou pessoa que tenha cuidado do defunto ao final de sua vida com este tenha criado laços de afeto. No que tange à qualificação prevista no §2.º, esta aproxima-se parcialmente da regra prevista no artigo 1.845 do Código Civil, posto que exige duas condições: ser descendente e “da casa” do testador. Ocorre que a regra brasileira prescreve a descendência *ao infinito*, conforme lição de Tartuce: *são reconhecidos como herdeiros necessários ou reservatórios, pela codificação material vigente e de forma literal, os descendentes – até o infinito, sem qualquer limitação* (Tartuce, vol. VI, pg. 37). O Código Civil não qualifica as pessoas a quem são destinadas a porção disponível da herança, ao contrário do que faz a codificação justinianea (*estranhos*).

Estabelece o §4.º que o testador deve gozar da capacidade em duas etapas: a primeira, capacidade de lavrar o testamento, e a segunda, a morte. A primeira etapa equivale à capacidade prevista no artigo 1º do Código Civil. Já a segunda é condição *sine qua non* para a transmissão da herança, a sucessão *causa mortis*. A parte final do § 4.º admite que *o louco, o mudo, o póstumo, o infante, o filho de família e o escravo alheio* tenham possibilidade jurídica de elaborar testamento. Eles não podem testar, mas podem adquirir bens por meio de testamento em seu favor ou de terceiros.

O que Justiniano qualifica como loucos e mudos, Carlos Roberto Gonçalves distingue em duas situações. Na primeira, estão aquelas pessoas acometidas de alguma enfermidade mental. A segunda é a da pessoa abrangida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois *o deficiente tem uma qualidade que os difere das demais pessoas, mas não uma doença* (vol. I, 2016, pp. 108 a 110). A primeira é plenamente capaz (artigo 6º, *caput*, da Lei 13.146/2015) ao passo que a segunda é relativamente incapaz (artigo 4º, III, do Código Civil).

Admite o §5º que os *estranhos* possam decidir sobre aceitação, ou não, da herança. Em qualquer caso, a renúncia ou aceitação é irrevogável. A exceção é o herdeiro ser menor de vinte e cinco anos, situação em que o pretor pode auxiliar o beneficiário da herança cuja onerosidade seja excessiva.

Também autoriza o Código Civil (artigo 1.812) que o herdeiro aceite ou renuncie a herança, prescrevendo que ambos são irrevogáveis. A autoridade equivalente a do pretor romano é o juiz, mas este não substitui a vontade do incapaz. Se o herdeiro for absolutamente

incapaz, será representado por seu *pais, tutores ou curadores* (Gonçalves, vol. 1, 2016, p. 111), especialmente no processo judicial (artigo 71 do CPC de 2015). Na hipótese de incapacidade relativa, o herdeiro é assistido pelo seu representante legal, sob pena de o negócio jurídico ficar sujeito à anulação (Gonçalves, vol. 1, 2016, pp. 111 e 112). Caso o incapaz não tenha representante legal, o juiz deverá nomear curador especial (artigo 72, I, do CPC). Além disso, se houver procedimento judicial, o Ministério Público deverá participar do processo como fiscal da lei (artigo 178, II, do CPC de 2015). Da leitura da regra justiniana, o pretor reúne as funções que seriam atribuídas ao representante legal, ao juiz e ao Ministério Público. O ordenamento jurídico vigente segrega a atuação de cada uma dessas pessoas. No que tange à aceitação tácita, o STJ, no REsp 1.622.331-SP, entendeu que, o pedido de abertura de inventário e o conseqüente arrolamento, com nomeação de advogado para fins de regularização da representação processual, acarreta aceitação tácita da herança.

Conta Justiniano que um maior de 25 anos renunciou a herança após descobrir as vultosas dívidas do falecido por autorização do Imperador Adriano. Por isso, outro Imperador, Gordiano, estendeu tal direito aos militares. Baseado em tais precedentes, Justiniano autorizou que esta liberalidade fosse estendida a todos os súditos do Império, consoante se extrai da regra do § 6.º.

Esta disposição contraria a prescrição do Código Civil, pois a aceitação ou a renúncia são irrevogáveis (artigo 1.812, *caput*). A garantia do herdeiro é que eventuais dívidas do falecido estão limitadas às forças da herança (artigos 1.847 e 1.997, *caput*, ambos do Código Civil. Enquanto a regra justiniana admite uma espécie de renúncia postergada, ou sob condição (montante das dívidas do falecido), a regra brasileira veda que o herdeiro venha a se arrepender e se retratar por ter aceitado a herança.

Por fim, autoriza o §7.º que o herdeiro testamentário ou aquele a quem deve ser transferida a legítima (abintestado) seja considerado herdeiro simplesmente agindo como tal ou, alternativamente, expressando a sua vontade de herdar. Assim, certas ações do herdeiro *estranho* ou do abintestado quanto aos bens da herança no sentido de cuidá-los, transacioná-los, usá-los, etc, como se dono fosse, permite concluir que a pessoa é herdeira. Por outro lado, quando o herdeiro administra como se dono fosse permite concluir que este é proprietário. Em ambos os casos, admite-se a mesma situação jurídica de herdeiro a pessoa que age como herdeiro ou aquela que aceita expressamente a herança. Do mesmo modo, a manifestação de vontade do *estranho* o exclui da herança. Admite-se expressamente que surdos e mudos *de nascença* possam adquirir a herança, mas exige-se que tenham consciência de que o praticam.

O Código Civil traz regras rígidas para que uma pessoa seja considerada herdeira. É possível herdar a porção legítima (indisponível) e a disponível (livre disposição), conforme dicção do artigo 1.784, *caput*. A primeira é deferida aos ascendentes, descendentes e cônjuge (artigo 1.845, *caput*). A segunda, depende de livre disposição do testador, com as restrições impostas pelo artigo 1.801, a saber:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

- I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
- II - as testemunhas do testamento;
- III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Assim, não basta que uma pessoa aja como herdeiro, é preciso que seja legitimada a herdar a porção legítima ou a disponível. As disposições do Código Civil não permitem concluir que basta a uma pessoa administrar, gerir, transacionar os bens da herança, e assim, ser nomeada juridicamente herdeira. Pode ocorrer de um terceiro exercer a posse da herança sem que esteja contemplado na fração legítima e na disponível, conforme se extrai do artigo 615 do CPC. Em seguida, o juiz deverá nomear um inventariante conforme a ordem de preferência prevista no rol do artigo 617, quais sejam:

- I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;
- II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;
- III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;
- IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;
- V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;
- VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;
- VII - o inventariante judicial, se houver;
- VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Nomeado o inventariante, este presta as primeiras declarações. Em seguida, são citados *o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os legatários e intimar a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se houver testamento* (artigo 626, *caput*). Posteriormente, procede-se a avaliação dos bens (artigo 630 do CPC) e calcula-se o tributo devido relativo à *transmissão causa mortis* (artigo 637, do CPC). Ato contínuo, após eventuais colações e pagamento de dívidas, o juiz decide sobre a liberação da partilha e os quinhões devidos a cada um (artigo 647, *caput*). Por fim, os interessados

deverão comprovar o recolhimento dos tributos relativos à transmissão *causa mortis*, mediante certidão negativa emitida (ou mediante garantia do pagamento) pela respectiva Fazenda Pública (Estado ou Distrito Federal, artigo 155, I, da Constituição Federal), o juiz prolate sentença para decidir a partilha. Assim, enquanto a regra justiniana admite o mero comportamento do herdeiro para que este possa receber a herança, o Código Civil, combinado com o Código de Processo Civil, exige uma série de formalidades para destinar tanto a fração correspondente à legítima quanto à disponível. Admite-se apenas temporariamente que um terceiro cuide dos bens do testador até que seja decidida a partilha, como no caso de um gerente que administre uma fazenda do *de cuius*, cujo vínculo era meramente profissional.

I.1.11 – *Dos Legados (Título XX)*

Define o §1.º que legado é uma doação.

O presente subtítulo adotará como legado o conceito trazido por Carlos Roberto Gonçalves, segundo o qual: *legado é coisa certa e determinada deixada a alguém, denominado legatário, em testamento ou codicilo e difere da herança, que é a totalidade ou parte ideal do patrimônio do de cuius* (Gonçalves, 2013, vol. VII, p. 360). Legado é o meio de que se vale o testador para cumprir deveres sociais (Gonçalves, vol. VII, p. 361). Ainda neste sentido, Pontes de Miranda²⁸ prescreve que, se o testador *só lhe deixou um objeto ou alguns objetos, individualizados, ainda que lhe dê a denominação de herdeiro, há de se considerar legatário*.

Sobre o legado prescreve ainda Pontes de Miranda:

Instituição de herdeiro é a nomeação feita pelo testador de uma ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, para lhe sucederem a *título universal*; isto é, no todo, ou em quota da herança. Mas, além desse instituir com o caráter sucessor universal, pode o testador referir-se a coisas suas e fazê-las passar, por título singular, a quem lhe apraz. Objeto ou quantia, sobre que recaia, é sempre a título particular, *in singulas res*, o legado. [...] Herança é quota, quociente, ou qualquer relação *com o todo*, isto é, quantidade abstrata, ou resultado de divisão que se vai fazer, ou feita, - porém não

²⁸ Miranda, Pontes de. Direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral... / Pontes de Miranda; atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (coleção tratado de direito privado: parte especial; 56), pp. 413/414.

unidade em si, algo de irrelacionado com o todo, porque isso é *legado* (Pontes de Miranda, Tomo LVI, p. 272).

As regras seguintes prescrevem critérios para o legado, que serão descritos a seguir e comparadas com as disposições civilistas em seguida.

De outro modo, prescreve o artigo 538 do CC que doação é *o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra*. Do cotejo entre o conceito de Carlos Roberto Gonçalves, a definição de doação do Código Civil e as disposições relativas a este instituto, conclui-se que o legado se caracteriza pela atribuição de um bem (legado) a um terceiro (legatário) em um testamento.

Em seguida, o §2.º resume as quatro formas vigentes de legado (*per vindicationem, per damnationem, sinendi modo e per praeceptionem*) em apenas uma, onde o que interessa é a vontade do testador.

O Código Civil não chega a detalhar as formas de legados. As distinções dizem respeito aos tipos de bens (artigos 1913, 1915, 1918, 1920 e 1921) ou ao lugar onde se encontram (artigo 1917).

Se o autor da herança deixar um bem a alguém e gravar cláusula de incomunicabilidade, entende o STJ (Resp 1.552.553-RJ, informativo 576) que a referida cláusula somente produz efeitos durante a vida do beneficiário. Após sua morte, o cônjuge supérstite poderá habilitar-se como herdeiro do bem.

De modo a facilitar a aplicação do legado, no § 3.º, Justiniano promove o estudo segregado entre este instituto e o fideicomisso. No entanto, do ponto de vista prático, associa às disposições do fideicomisso com as do legado, porque, para ele, um instituto complementa o outro.

As disposições do §4.º ao §23 trazem regras específicas quanto ao legado e serão comparadas em conjunto com as disposições do Código Civil.

Admite o §4.º que o legatário disponha acerca de coisa alheia, desde que o herdeiro adquira a coisa de terceiro e que esta possa ser comercializada. Por tal motivo e para evitar lesão à coletividade, o dispositivo exclui o *Campo de Marte* romano, templos, basílicas ou qualquer outro bem considerado público. Prescreve ainda que é ônus do legatário comprovar o legado, e não aos herdeiros demonstrar que o autor da herança desconhecia que legou coisa alheia.

Para que o testador possa legar, ele deve ser o possuidor legítimo do bem. Caio Mário da Silva Pereira (volume IV – Direitos Reais, pg. 33) relembra a discussão doutrinária

acerca do conceito de posse e a nebulosa fronteira entre este conceito e o de propriedade e reconhece que Justiniano vislumbrou rigor técnico nos conceitos, conforme se extrai do trecho a seguir:

Uma das causas da inconciliável polémica reside, certamente, no fato de haver a codificação justinianeia reunido textos de períodos vários (primeiros monumentos, república, época préclássica e clássica), associando-se ainda às teses bizantinas e medievais, cada tempo sofrendo a contribuição de fatores socioeconômicos diversificados e diversificantes (Pereira, volume IV, 2017, pp. 33/34).

O presente trabalho não tem por escopo analisar a diferença entre a posse e propriedade, mas apenas ressaltar que o testador somente pode dispor daquilo que lhe pertence. Nesse sentido, prescreve Tartuce que:

[...] o Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de **direitos** e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido (Tartuce, vol. VI, 2016, pg. 3, grifei).

Nesse sentido, o artigo 1857 do CC prescreve a pessoa pode dispor de seus bens por meio de testamento, desde que exclua a porção legítima.

A regra do §5.º estabelece que o herdeiro deve quitar eventual dívida se assim tiver disposto o testador. Do mesmo modo, se o legatário ficou responsável por pagar o débito, o herdeiro não poderá fazê-lo.

Este artigo traz o caso em o testador prescreve legado para quitação de dívida. Há parcial correspondência com o disposto no artigo 1918 do Código Civil, que trata das dívidas e valores a receber, limita a quitação ao valor do legado e estabelece que devem ser considerados os valores até a data da redação do testamento. Por fim, arremata Tartuce (vol. 6, 2016, pg. 451, que *para os legados é preciso verificar o momento em que a disposição é realizada, e não a realidade posterior.*

Se o legatário adquirir para si a chamada *coisa alheia* antes do falecimento do autor da herança, faculta o §6.º que seja ajuizada a *ação de testamento* como escopo de obter o preço da coisa sob litígio. O mesmo parágrafo veta que seja ajuizada ação de testamento caso o legatário tenha recebido o bem por doação.

Veta o artigo 1912 que seja legada coisa alheia. Nesse sentido, comenta Tartuce:

o legislador procurou resolver o legado de coisa alheia no *plano da eficácia* do negócio jurídico, ou seja, no *terceiro degrau* da *Escada Ponteana*. Assim, não se cogita a inexistência do ato, ou a sua invalidade, com os vícios da nulidade absoluta ou relativa. Como é notório, o art. 1.678 do Código Civil de 1916 estabelecia a pena da nulidade absoluta no caso de legado de coisa incerta, expressando que “É nulo o legado de coisa alheia. Mas, se a coisa legada, não pertencendo ao testador, quando testou, se houver depois tornado sua, por qualquer título, terá efeito a disposição, como se sua fosse a coisa, ao tempo em que ele fez o testamento” (Tartuce, vol. 6, 2016, p. 446).

Permite o §7.º que seja legada coisa que ainda vai existir.

Do cotejo com as disposições testamentárias e o disposto nos artigos 121 a 137, extrai-se que a presente regra encontra consonância com as normas relativas à condição, termo ou encargo. Trata-se, segundo Tartuce (vol. 6, 2016, p. 461), do chamado *legado condicional*, ou seja, *aquele cuja eficácia depende de evento futuro e incerto*.

Caso o legado seja atribuído a mais de uma pessoa e estas o aceitem, o §8.º autoriza a divisão em partes iguais. Na hipótese de recusa ou falecimento, o legado é transferido para o co-legatário.

Esta prescrição encontra similaridade com o disposto no artigo 1941 e seguintes do Código Civil. Se um co-legatário ou co-herdeiro não puder ou recusar-se a receber o que lhe foi testado, a outro co-legatário ou co-herdeiro, respectivamente, ser-lhe-á atribuído o respectivo bem ou quinhão. Por fim, diante da impossibilidade de se transferir o legado ou o quinhão hereditário, prescreve o artigo 1944 que o bem seja transmitido aos herdeiros legítimos.

Traz o §9.º a situação em que o legatário adquire a nua propriedade, com dedução do usufruto. Depois, consolidado o usufruto, requer a propriedade em razão do testamento. Nessa situação, admite-se a ação para pedir a propriedade, pois, para o Imperador Juliano, a servidão tem o mesmo valor jurídico da servidão. Não obstante, o magistrado deverá ordenar que o legatário pague o valor correspondente ao terreno, deduzido o usufruto.

O dispositivo equivalente à esta regra consta do artigo 1921 do Código Civil, que trata do período de vigência do legado de usufruto, o qual entende-se como perpétuo, salvo disposição em contrário. Há também a previsão do artigo 1.922 para tratar dos acessórios incluídos no legado após a confecção do documento sucessório. Há inclusão de eventuais benfeitorias úteis, necessárias ou voluptuárias, por expressa disposição do parágrafo único do

referido artigo. Segundo Tartuce (vol. VI, 2016, pp. 456/457), este fenômeno decorre do *princípio da gravitação jurídica*. Uma das características dos testamentos é a sua solenidade (Gonçalves, vol. VII, 2013, p. 232), de onde decorre que o testador deverá prescrever suas vontades observando as formalidades exigidas para o ato. No dispositivo Justiniano, há abertura para o ajuizamento de ação com o pedido de consolidar a propriedade após consolidar-se o usufruto. Não há previsão ou possibilidade expressa de fixar um usufruto temporário ou sem fixação de período tal como ocorre com a norma brasileira. A distinção Justiniana abrange a segregação entre a propriedade e o usufruto, ao passo que o Código Civil prescreve que o legatário é proprietário da coisa certa, excetuando-se alguma condição suspensiva (artigo 1.923, *caput*). Nesse sentido, Tartuce (vol. VI, 2016, p. 455) cita a jurisprudência do STJ (REsp 594.699/RS) por meio da qual os filhos do casal seriam proprietários da propriedade mas o usufruto do bem recairia em favor da esposa ou companheira.

A regra do §10 invalida o legado de coisa que pertença ao legatário. Determina o §11 que quando o testador lega coisa própria acreditando ser alheia, então se consideram válidas as disposições, porque a verdade precede a suposição.

As disposições dos artigos 10 e 11 estão conformes o previsto pela legislação civilista posto que o testador somente pode dispor daquilo que lhe pertence (artigo 1.857, do CC). Ainda neste sentido, prescreve o artigo 1.626 do CC que, no testamento, o autor estabelece as condições para que os bens de sua propriedade sejam destinados. Nesse sentido, o artigo 11 traz a prevalência da realidade sobre a mera aparência.

Se o testador prescrever um legado e depois aliená-lo, entende-se, segundo o §12, que o legatário pode cobrar dos herdeiros o valor atribuído ao acervo, caso o falecido não tenha a intenção de revogar o documento redigido.

Permite o artigo 1.969 do CC que o testamento seja revogado pelo mesmo formado e modalidade com a qual foi redigido. Ocorre que, na situação em estudo, o testador queria legar determinado bem, manteve esta intenção e mesmo assim o alienou. O Código Civil não traz qualquer disposição para uma situação como essa. No caso, o testador dispôs de um bem em seu nome como bem entendeu, o que não poderá atingir terceiros de boa-fé, como os herdeiros ou eventuais adquirentes do bem anteriormente deixado em legado. Se o testador tinha capacidade de dispor de seus bens e exerceu qualquer um dos atos previstos no artigo

1.228 do Código Civil²⁹, não há qualquer previsão legal expressa para que o legatário tente reaver o referido bem ou o seu valor equivalente.

Prescreve o §13 caso seja legada dívida ao respectivo devedor, permanece válido o legado, e assim, é vedado ao herdeiro cobrar o débito do legatário. Admite ainda nesta hipótese que o herdeiro aguarde certo período para efetuar a cobrança. De nada vale legar crédito a receber porque entende a regra romana, em seu §14, que nenhuma vantagem auferire o legatário. A exceção é para o caso de legado de dívida consignada em termo ou condição, pois se caracteriza a antecipação.

No que diz respeito ao crédito, admite o Código Civil em seu artigo 1.918 que o testador transfira a terceiros o crédito que tem a receber. Se o crédito já for objeto de cobrança judicial, basta aplicar o artigo 110 do CPC³⁰. Alternativamente, se for um título extrajudicial, o legatário poderá ajuizar a respectiva ação execução de título extrajudicial. Neste artigo a disposição é parcialmente similar à regra romana porque contém a prescrição de que esta modalidade legatária está limitada ao valor da dívida na época de falecimento do testador. Do cotejo entre as duas disposições, verifica-se que, enquanto a regra justiniana admite o ajuizamento de ação de cobrança, a regra civilista considera quitado o débito mencionado no legado, o qual, segundo Tartuce (2016, vol. 6, p. 451) considera-se cumprido pela entrega (art. 1.918, §1º) do título por parte do herdeiro ao respectivo legatário ou documento que o substitua.

O §15 torna válido o legado de dote do cônjuge varão para a cônjuge virago. Na hipótese de o esposo legar dote não recebido, o legado é inválido.

Conforme já analisado por este trabalho, o testador somente pode dispor da parte disponível da herança. Além disso, a depender do regime de bens, seu cônjuge (ou companheiro) tem direito, pelo menos, à quarta parte da herança (artigo 1.832 do CC). Para analisar como se dá a destinação do dote, é necessário analisar primeiramente a qual regime de bens se submete o casal. Em regra, prevalece o regime de comunhão parcial (artigo 1640 do CC). Assim, o dote pertencerá exclusivamente ao testador. Se o regime for o da comunhão universal, o dote pertencerá ao casal (artigo 1667 do CC). Se adotado o regime de separação de bens, o dote pertence exclusivamente àquele que o recebeu (artigo 1687). Por fim, no regime de participação final nos aquestos (artigo 1672), o dote pertencerá ao testador. Do exposto se extrai que na separação de bens, na participação final nos aquestos e na comunhão

²⁹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

³⁰ Art. 110. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1º e 2º.

parcial, o dote poderá ser destinado livremente pelo testador, ao passo que, na comunhão universal. O presente estudo não visa entrar nos pormenores das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca das diferenças (ou semelhanças) com a meação da chamada união estável, mas a destinação do dote, que é objeto do direito das sucessões e deste artigo do código Justiniano deve ser precedido de breve análise dos diferentes regimes de bens. Além disso, o enunciado nº 609 da VII Jornada de Direito Civil prescreve: *o regime de bens do casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido*.

Se uma coisa objeto de legado vier a extinguir-se, então, do comando previsto no §16, ocorre perecimento para o legatário, desde que não decorra de alguma ação ou culpa do herdeiro.

Traz o artigo 1.936 que o risco da entrega do legado é do legatário, exceto se o testador dispuser em sentido contrário. Tartuce registra que trata-se do antigo princípio *res perit domino – a coisa perece para o dono* (vol. VI, 2016, p. 465). Além disso, o legado caducará se a coisa perecer (artigo 1939, III).

Da regra do §17 extrai-se que é permitido legar uma escrava e seus filhos. Mesmo se esta falecer, seus filhos não serão excluídos do legado. Se for legado um rebanho e este, posteriormente, resumir-se a um único animal remanescente, ainda assim pode o legatário exigí-lo. Também deve ser incluído no rebanho qualquer animal que a ele venha se juntar, conforme permite o § 18.

Conforme já ressaltado anteriormente, qualquer disposição relativa a escravos não tem qualquer condição de comparação com a atual ordem jurídica vigente no país. Quanto às disposições sobre rebanho, a primeira encontra total conformidade com o previsto no artigo 1.940 do Código Civil, pois determina que o legado continua em relação ao remanescente. Por expressa disposição do legado, um rebanho pode ser tomado como bem singular (artigo 89 do Código Civil), e assim, prescrito ao legatário. De outro modo, decorre do princípio da gravitação jurídica que novos animais, nascidos do rebanho, pertencem ao legado, salvo disposição expressa em contrário do testador.

Ao legar uma edificação, manda o §19 que seja incluído no legado as colunas e mármore.

Da leitura do artigo 1.922 se extrai que os acessórios do imóvel o acompanham por ocasião do legado. Para Tartuce, a questão se resolve da seguinte maneira:

Em suma, todas as benfeitorias, sejam elas *necessárias* – essenciais, pois visam à conservação do bem principal -, úteis – aquelas que facilitam o uso do principal – ou *voluptuárias* – de mero luxo, recreio ou deleite -, compõem o legado, mesmo sendo acrescidas posteriormente (Tartuce, vol. VI, 2016, p. 457).

Quando o legado consiste em um pecúlio, prescreve o § 20 que todas as quantias somadas ou subtraídas enquanto vivo o testador reverterem na respectiva proporção ao legatário.

Conquanto Justiniano utilize a expressão pecúlio, o referido artigo encontra disposição similar com o previsto no artigo 1920 do Código Civil, que trata dos alimentos objeto de legado. Estes devem ser revertidos para *sustento, cura, vestuário e a casa*. Se o legatário for menor, também abrangerá sua instrução educacional.

Permite o § 21 que sejam legadas coisas corpóreas ou incorpóreas, com autorização para que herdeiro repasse ao legatário suas ações. Permite ainda que testador “condene” o herdeiro a reparar bens de um terceiro ou quitar suas dívidas.

O livro das sucessões não chega a segregar os bens do testador no que diz respeito à existência material. Se o testador possui ações, patentes, marcas, direitos autorais, etc, ele poderá exercer quaisquer uma das faculdades atribuídas à propriedade: usar, gozar, dispor, reaver de quem a possua ou detenha injustamente (art. 1228 do CC). Para a definição de *intangível*, faz-se necessário recorrer à definição publicada pelo Comitê de Pronunciamentos contábeis (CPC), o qual, em seu documento nº 04, define ativo intangível como: *ativo não monetário identificável sem substância física*³¹. De acordo com o Dicionário Jurídico, bens intangíveis são *os de existência imaterial e intangível, como os direitos autorais, direitos creditórios, a vida, a honra*³².

Os artigos 22 e 23 tratam da faculdade que o testador concede ao legatário de escolher determinado bem incluído na herança. Se o testador legar um escravo ou outra coisa genérica, permite o §22 que o beneficiário possa escolher. Traz o §23 o conceito de legado de opção, por meio do qual deixa ao legatário a decisão quanto à escolha de um se seus escravos ou uma de suas coisas. Se o legatário falecer, seu herdeiro pode realizar a escolha. O mesmo artigo traz ainda o critério para resolver o conflito surgido em razão de haver vários herdeiros de um mesmo legatário ou vários legatários com direito à escolha: sorteio.

Este artigo permite que o legatário escolha entre uma coisa e um escravo. Não há qualquer disposição similar no Código Civil. A liberalidade diz respeito ao legado de coisa

³¹ O pronunciamento completo encontra-se disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=35>.

³² Dicionário Técnico Jurídico / Deocleciano Torrieri Magalhães. – 14. Ed. São Paulo : Rideel, 2011, p. 143.

determinada pelo gênero, ocasião em que o herdeiro poderá escolher, conforme dicção do artigo 1.929 do CC. O juiz substitui a vontade legatário se este negar-se ou estiver impossibilitado de escolher (art. 1930). Pode ainda o legatário, se a ele for permitida a escolha pelo testador, que opte pela melhor coisa dentre aquelas do acervo (artigo 1931). Tratando-se de legado alternativo, salvo disposição em contrário, o CC considera que a opção é presumida (artigo 1932). Por fim, transmite-se aos herdeiros do legatário o direito de escolha caso este venha a falecer antes de manifestar-se (artigo 1.933).

Determina o § 24 que somente pode ser legatário quem tem capacidade testamentária.

O presente dispositivo não encontra similar nas regras brasileiras. Gonçalves (vol. VII, 2013, p. 362) salienta que legado *é o meio de que se vale o testador para cumprir deveres sociais* e que *qualquer pessoa, parente ou não, natural ou jurídica, simples ou empresária, pode ser contemplada com legado*. Do cotejo entre a regra do direito romano e o que vige no Brasil, verifica-se que o primeiro admite a prescrição de legado apenas a quem possa testar, ao passo que na regra legal vigente em nosso ordenamento admite-se a concessão de legado para diversos tipos de beneficiários, mesmo que não possuam capacidade de testar, como os absolutamente incapazes e as pessoas jurídicas. Gonçalves (2013, vol. 7, p. 390) ressalta ainda que a impossibilidade de ser legatário diz respeito apenas as hipóteses previstas nos artigos 1801 e 1802 do CC, as saber:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.

Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

Dos artigos 25 ao 28, Justiniano trata do legado para pessoas incertas. Traz o § 25 o relato da proibição de legar a pessoa incerta. Admitia-se, no entanto, que fosse designada

pessoa incerta a partir de pessoa determinada. Segundo a dicção do §26, se o testador atribuir a coisa a um estranho que vier a nascer depois de seu falecimento, então a disposição é nula, pois o código justinianeu não o considera herdeiro. Em decorrência do previsto no artigo anterior, traz o §27 a reforma legislativa que alterou a proibição antes vigente para permitir que, tanto no caso da herança como no legado e fideicomisso, o testador possa nomear pessoa incerta, exceto no caso de tutela, porque é necessário ter plena capacidade e controle dos bens. Autoriza o §28 o testador inclua entre seus beneficiários o póstumo estranho.

O Código Civil traz disposição similar à regra do direito Romano. O artigo 1900, II, do CC, prescreve que é nula a disposição que se refira à pessoa incerta. No entanto, o artigo 1901, I, autoriza a atribuição de bem a pessoa incerta se ela for determinada por terceiro. Nesse sentido, Tartuce (2016) ressalta que a vedação é à *indeterminação subjetiva absoluta*. Em consonância com o referido civilista, Gonçalves (2013, vol. 7, p. 334), prescreve:

O beneficiado pelo ato de última vontade deve ser *pessoa certa*, cuja designação se encontre no próprio testamento e em termos que tornem possível identificá-lo. Aconselha-se a máxima clareza, com a indicação do nome, sobrenome, domicílio, estado civil e outros qualificativos, de modo a arrear qualquer dúvida sobre a sua identidade.

Não é, entretanto, indispensável que se diga o nome da pessoa a que se quer deixar a herança ou legado. Basta que se consignem caracteres pelos quais possa, objetivamente, ser distinguida das outras, como nas seguintes hipóteses: a) “Deixo ao filho da minha irmã Enid, que primeiro nascer após minha morte”; b) “Lego tal imóvel a quem se consorciar com minha sobrinha Ana Beatriz” (Gonçalves, 2013, vol. 7, p. 334).

Os artigos 30 e 31 tratam da interpretação das cláusulas do legado. Mesmo que o testador se equivoque ao designar o legatário, manda o § 30 que o legado permaneça válido se a pessoa indicada puder ser identificada. Não importa também o motivo que deu azo ao legado, mas apenas que o testador especifique o bem legado e o seu destinatário, nada mais. Gonçalves (2013, vol. 7, 2013, p. 361) relembra que *não há palavras sacramentais*, de tal forma que será considerado legado a deixa de coisa *certa e determinada* ainda que o beneficiário seja chamado de herdeiro no testamento. O Código Civil, em seu artigo 1.903, concorda expressamente com a disposição do artigo 30 do Código de Justiniano, posto que admite o reconhecimento do legatário a partir do contexto do testamento, provas documentais, fatos e também se houver possibilidade de identificá-lo. Nesse sentido, ensina Gonçalves:

[...] se o testador, por exemplo, deseja beneficiar o legatário com o prédio A, mas por engano lhe atribui o imóvel B, ocorre erro sobre o objeto principal da declaração (CC. art. 139, II). Todavia, se o erro vem a ser meramente accidental, relativo a circunstância de somenos importância e que não acarreta efetivo prejuízo, não ocorrerá a anulação. Assim, se o testador deixa um legado ao único filho de seu irmão, mas se equivoca ao declinar o nome exato do sobrinho, ou lhe atribui a qualidade de engenheiro, quando é arquiteto, a disposição não é invalidada, porque tais enganos têm natureza secundária e não afetam a eficácia da nomeação (Gonçalves, vol. 7, 2013, p. 328).

Os três artigos seguintes regulam o legado deixado para escravos ou seu respectivo senhor e serão citados em decorrência do aspecto histórico que permeia o estudo do Direito Romano, conforme mencionado na Introdução. Permite o §32 que seja nomeado o escravo de um herdeiro como legatário. Neste caso, o testador deverá incluir uma cláusula condicional para verificar se escravo está, ou não, em poder do herdeiro por ocasião da conclusão do legado. Trata o §33 da autorização para atribuir um legado ao senhor de um escravo. Permite ainda que um terceiro seja legatário por meio de um escravo. Caduca o legado quando o escravo permanece nesta condição.

Narra Justiniano, no artigo 34, que o testador, nas regras antes vigentes, deveria primeiro instituir herdeiro e só depois tratar do legado, sob pena de se invalidar todo o testamento. Assim também ocorria com o escravo instituído herdeiro. Por considerar esta regra *absurda*, Justiniano menciona que a atual Constituição deu precedência à liberdade de modo que a vontade do testador prevaleça sobre o texto.

Não traz o Código Civil qualquer fórmula expressa para a redação do testamento. Consta do *caput* do artigo 1.857 a disposição que confere à pessoa a faculdade de dispor de seus bens por meio do testamento. Além disso, na forma ordinária, admite-se 3 tipos de testamento: o público, o cerrado e o particular; na extraordinária, a lei reconhece os chamados especiais, quais sejam: o marítimo, o aeronáutico e o militar. O testamento público exige as formalidades do artigo 1864. No que diz respeito à estrutura do documento, exige-se apenas que, após sua leitura, seja assinado pelo testador, pelas testemunhas (duas) e pelo tabelião. Quanto à data, leciona Gonçalves (2013, vol. 7, p. 267: *omitiu-se o legislador pátrio no tocante à obrigatoriedade de menção, no testamento, do local e data da lavratura do testamento. A apuração desses dados é, sem dúvida, importante, se for questionada a capacidade do testador ou a competência do notário*). Por isso, embora não textualmente expressa no texto da lei, data e assinatura são essenciais ao testamento, de acordo com a doutrina. No entanto, o mesmo autor reconhece (2013, vol. VII, p. 268) a inviabilidade de se

defender eventual nulidade em decorrência da ausência de data porque *os casos de nulidade são apenas os taxativamente enumerados na lei*. Quanto ao testamento cerrado, este está submetido às regras do artigo 1.868. O testador deve entregá-lo ao tabelião, declarar que é seu testamento e solicitar aprovação (incisos I e II). O tabelião lavra um auto de aprovação e o lê na presença do testador e de duas testemunhas (inciso III). Por fim, o tabelião, o testador e as testemunhas assinam o documento (inciso IV). Nesse caso, curiosamente, o legislador teve o cuidado de prescrever, no artigo 1874 o lançamento em livro de nota do lugar e data de aprovação e entrega do testamento. Por fim, o testamento particular exige a leitura para três testemunhas e a assinatura destes (artigo 1876, §§ 1º e 2º). Após a morte do testador, o testamento é publicado em juízo.

Quanto aos testamentos especiais, no primeiro deles, o marítimo, exige-se que seja prestado perante o comandante, na presença de duas testemunhas (artigo 1888, *caput*). Quanto ao aeronáutico, o comandante nomeia uma pessoa para que o interessado possa testar e na presença também de duas testemunhas (artigo 1889, *caput*). Por fim, no testamento militar, deverá o testador, na presença de duas ou três testemunhas, a depender do caso, prestar suas declarações (artigo 1893, *caput*).

Em nenhum desses casos há qualquer restrição à ordem de declarações. Assim, o testador poderá iniciar seu texto pelos legados, fideicomissos, codicilos e escolher a ordem que melhor lhe convier. Enquanto Justiniano revogou norma anterior que exigia o início das disposições pelos herdeiros, o Código Civil sequer faz menção à ordem em que elas devem aparecer. As formalidades e limitações dizem respeito aos bens que podem ser testados (artigo 1789, do CC), àqueles que não podem suceder (artigo 1801 e incisos), as nulidades (artigo 1.802), permissões (artigo 1.803), exclusões (artigo 1.814 e incisos), dentre outras disposições. Pontes de Miranda (2012, Tomo LVI, p. 271) prescreve o chamado princípio da separação, por meio do qual *cada liberalidade deve ser tratada como negócio jurídico diferente*.

Justiniano relata que era proibido estabelecer legado após a morte do herdeiro ou legatário. Assim, no §35, houve a revogação desta disposição, de modo que o legado redigido em tais condições também fosse considerado válido, medida que o equiparou ao fideicomisso.

Exige o artigo 1802 do CC que a pessoa deve ser legitimada a suceder. Tartuce (2016, vol. 6, p. 81) ressalta que trata-se de *nulidade absoluta textual* as disposições testamentárias eivadas do vício do artigo 1802. Constam do artigo 1900 as disposições que o texto legal considera nulas. No que diz respeito aos legados, ao contrário da norma romana, o artigo 1.939, inciso V, determina que caducará eventual disposição testamentária a título de

legado se o beneficiário falecer antes do autor da herança. Tartuce (2016, vol. 6, p. 472) sustenta a morte do legatário antes do testador *faz desaparecer a razão de ser da disposição testamentária, a vontade do legante em beneficiar determinada pessoa a título singular*.

Por fim, prescreve o §36 a nulidade do legado atribuído a título de pena ou punição. Narra Justiniano que esta regra era seguida rigidamente pela sociedade romana em Constituições imperiais anteriores, chegando ao ponto, inclusive, de constringer a liberdade dos cidadãos.

Em razão do princípio da legalidade, expresso no artigo 1º do Código Penal³³, tanto o crime quanto a respectiva pena devem ser previamente previsto em lei para serem aplicados. Além disso, segundo Brasileiro (2016, p. 13), é o Estado quem exerce o monopólio do uso da força e quem detém a legitimidade para exigir que eventual infrator seja compelido a cumprir uma sanção penal. O testamento não tem força de lei. É um ato privado e unilateral. Tartuce ensina:

O testamento é *negócio jurídico gratuito* ou *benévolo*, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, não há o sacrifício bilateral que identifica os negócios jurídicos onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento (Tartuce, 2016, vol. 2016, p. 343).

I.1.12 – *Da Revogação e da Transferência dos Legados (Título XXI)*

Traz o presente uma única disposição que trata da revogação de legado cuja fórmula consiste atribuir a B a coisa que havia sido deixada para A. Nesse caso, entende-se que houve revogação tácita em relação a A e legado para B.

Autoriza o artigo 1906 que as disposições testamentárias sejam revogadas pelo mesmo modo pelo qual foram redigidas. A revogação tácita é admitida (Tartuce, 2016, vol. 6, p.490) e ocorre *quando houver um testamento em claro conflito com o anterior ou quando ele dispor do mesmo conteúdo do anterior*.

I.1.13 – *Da Lei Falcídia (Título XXII)*

O presente título trata das limitações que se deram ao longo da história romana quanto à liberdade que se admitia ao testador para dispor de seus bens.

³³ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Inicia o presente título com o relato de que, na Lei das XII Tábuas, era permitido legar todo o patrimônio do testador. Ocorre que, em razão dos abusos cometidos, as chamadas Leis Fúria e Vocônia foram promulgadas para limitar as disposições legatárias. Por não atingirem o fim visado, houve a aprovação da Lei Falcídia, que limitava o legado a 75% do patrimônio.

Trata o §1.º do legado prescrito acima do limite tratado pela Lei Falcídia. Nesse caso, impõe-se a aplicação do limite de três quartos (75%) para fins de legado e um quarto para a herança. Determina ainda que a Lei Falcídia seja aplicada aos herdeiros na proporção de cada quinhão.

A presente regra é mais liberal que o Código Civil, pois admite que 75% dos bens sejam livremente destinados pelo autor da herança, ao passo que nossa legislação permite apenas 50% (artigo 1.846, *caput*). No entanto, há diversos requisitos a serem observados para a definição dos quinhões a serem entregues a cada herdeiro e/ou cônjuge. O Código Civil traz três espécies de parentesco, a saber: natural, civil e por afinidade (artigos 1593 e 1595, §1º). Quanto à porção legítima (50% no atual Código Civil e 25% na Lei Falcídia), estabelece o Código Civil, em seu artigo 1.829, a seguinte ordem:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Flávio Tartuce (2016, vol. 6, p. 161) traz um quadro esquemático para simplificar os casos abrangidos pelo Direito das Sucessões (herança) e o Direito de Família (meação). No quadro do *regime de bens em que o cônjuge herda em concorrência* estão o *regime da comunhão parcial de bens (havendo bens particulares do falecido)*, *da participação final dos aquestos e da separação convencional de bens, decorrente do pacto antenupcial*. Quanto a este último, assim também entendeu o STJ por ocasião do julgamento do RESp nº 1.382.170 (informativo 562).

Quanto aos *regimes em que o cônjuge não herda em concorrência*, Tartuce prescreve o *regime da comunhão parcial de bens (não havendo bens particulares do falecido)*, *da comunhão universal de bens e da separação legal ou obrigatória de bens*.

Além disso, existia, no ordenamento jurídico pátrio, a controvérsia acerca do instituto da União Estável. Ao julgar o RE nº 878.694, o STF³⁴ declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil e assim, conferiu o direito a que a companheira do falecido fosse equiparada à cônjuge, no artigo 1.829 do CC. A relatoria coube ao ministro Roberto Barroso, acompanhado pelos votos dos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Vencidos os ministros Marco Aurélio, Dias Tóffoli e Ricardo Lewandowski.

Como o escopo deste trabalho é comparar os institutos sucessórios do Direito Romano e o Código Civil, este trabalho apenas mencionará quais são os casos de herança e meação, conforme a doutrina de Tartuce, razão pela qual não entrará nos longos, complexos e divergentes meandros jurisprudenciais e doutrinários acerca da influência dos regimes de bens do casal para efeito de herança e meação.

A depender do regime de bens do casal, pelo menos um quarto dos bens deve ser deixado ao cônjuge sobrevivente (artigo 1.832 do CC), desde que os descendentes sejam comuns. Segundo Gonçalves (2013), a reserva deste percentual incide sobre a *possível* herança do cônjuge sobrevivente, e não sobre a herança como um todo. Segundo o mesmo autor, especialmente tratando-se da realidade brasileira, é possível que o cônjuge tenha filhos em comum com o falecido e que exista descendentes exclusivos do *de cujus*. No entanto, a legislação não trata situação o que acarreta, doutrinariamente, diversas correntes para o estabelecimento, ou não, de parcela mínima da herança para o cônjuge sobrevivente.

Ainda sobre o tema da meação, decidiu o STJ que, ajuizada ação de petição de herança, se a meeira não ostentar condição de herdeira, então ela é parte ilegítima para figurar no polo passivo desta demanda, se não houver controvérsia quanto à meação e mesmo que o patrimônio correspondente à sua parcela estejam inseridos no condomínio *pro indiviso* do acervo hereditário (REsp 1.500.756-GO, informativo 578). Entende ainda o STJ que o cônjuge sobrevivente, no caso de comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes do falecido apenas com relação aos bens particulares (REsp 1.368.123-SP, informativo 563).

Por seu turno, o §2.º estabelece que o patrimônio sobre o qual será aplicada a referida lei é o existente à época da morte do testador.

Disposição similar encontra-se no artigo 1.787, caput, do CC, que manda regular a Sucessão a lei que está em vigor na época da abertura sucessória. Nesse sentido, por ocasião da publicação da edição nº 50 da Jurisprudência em Teses, o STJ assentou entendimento para

³⁴ Processo disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>, acesso em 25/10/2017, às 21h51.

prescrever que: *Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar*³⁵.

Por fim, estabelece o §3.º que devem ser subtraídos do montante estipulado a título de legado o passivo, gastos fúnebres bem como os escravos alforriados. Deste montante, se extrai o que é devido aos herdeiros (25%). O remanescente é distribuído aos legatários, conforme a divisão elaborada pelo testador.

I.1.14 – *Das Heranças Fideicomissárias (Título XXIII)*

Inicia o presente título com um breve histórico acerca do instituto fideicomissário. Relata Justiniano, no §1º, que o costume vigente era confiar a herança ou legado a um beneficiário, baseado apenas na *fé* depositada em alguém. Posteriormente, tal disposição foi submetida a uma espécie de fiscal do Estado, denominado *pretor fideicomissário*.

Da comparação entre o que foi estudado a título de legado e o fideicomisso, o primeiro estabelece um determinado patrimônio a alguém, ao passo que, no segundo, o testador fixa a alguém a obrigação de entregar determinado bem, em razão da morte deste, conforme se extrai do Dicionário Jurídico:

[...] uma das formas de substituição autorizada pelo direito sucessório; nela o fideicomitente transmite ao herdeiro ou legatário temporário, *fiduciário* ou *gravado*, certos bens, mas lhe impondo a obrigação de, por sua morte, ou após um certo tempo, ou sob a condição estabelecida, transmiti-los ao segundo beneficiário, seu substituto, o *fideicomissário* (2011, 14ª edição, p. 349).

Acerca do fideicomisso, comenta Iglesias:

O fideicomisso – *fideicomissum* = encargo remetido à *fides* – veio a superar os inconvenientes do regime formalista a que se sujeitava o legado, ao mesmo tempo veio satisfazer as deficiências que havia tanto no legado como na herança, quando não permitiam favorecer todo tipo de disposições *mortis causa*.

[...]

Característica do legado era sua ordenação mediante determinadas palavras, solenes e imperativas – *certa et solemnia verba; verbis imperativis* – às quais o Direito

³⁵ Documento disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>, acesso em 25/10/2017, às 21h39.

outorgava plena força obrigatória. O fideicomisso carecia de regramento formal, e seu império se exercia somente por determinação moral. É preciso chegar à época augusteia para encontrá-lo dotado de caráter jurídico, com função de obrigatoriedade.

[...]

Justiniano propende a que sempre se aplique o meio mais favorável para autar a vontade do testador. Ao mesmo tempo, estabelece o princípio de que, nos casos de choque ou contraste entre os dois institutos, devem-se seguir as regras do “mais humano” fideicomisso, de modo tal, que não *sine ratione* no frontispício dos livros *de legatis et fideicommissis* se lê então que os legados foram efetivamente iguais aos fideicomissos, e não vice-versa (2011, p. 836/837).

Traz o §2.º a exigência de que seja sempre nomeado um herdeiro³⁶ o sobre o qual recairá o encargo fideicomissário, sob pena de nulidade. Autoriza ainda que as disposições testamentárias abarquem a totalidade ou parte da herança.

A primeira parte deste artigo encontra consonância com o previsto no Código Civil, mais especificamente, no artigo 1.951, *caput*, que exige a nomeação de um herdeiro ou legatário, sobre o qual recairá o encargo de fiduciário, o qual deverá, por ocasião de sua morte, transmitir o(s) bem(ns) ao fideicomissário. Por ocasião da V Jornada de Direito Civil, foi aprovado o enunciado nº 529, o qual prescreve que: O fideicomisso, previsto no artigo 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento. No entanto, segundo Tartuce (2016), o Código Civil de 2002 tornou esse instituto praticamente inoperante, pois o limitou, em seu artigo 1.952, àqueles que ainda não haviam sido concebidos na época da morte do autor da herança.

Prescreve o §3º que, mesmo após o repasse do patrimônio ao destinatário, o responsável pela transferência continua a ser chamado herdeiro.

O Código Civil não traz disposição similar, apenas permite que o fideicomisso seja conferido a herdeiro ou legatário (artigo 1.951, *caput*).

Do comando do §4.º se extrai que qualquer demanda cível relativa ao fideicomisso pode ser proposta por e contra o herdeiro e o fideicomissário.

No caso do Código Civil, o polo da demanda dependerá das disposições testamentárias. O fideicomisso, por definição, consiste em deixar os bens em poder do fiduciário por certo período de tempo. Após esta condição, os bens são transmitidos ao fideicomissário. Do ponto de vista processual, será necessário verificar os termos do

³⁶ Justiniano qualifica aquele que se encarrega de repassar o patrimônio ao fideicomissário como herdeiro.

fideicomisso, se sua condição já foi atendida, a posse do fiduciário ou a propriedade do fideicomissário, eventual renúncia por parte de algum destes.

Os artigos 5º ao 10 tratam da porção que o fiduciário poderá reter. Narra o § 5.º que, sob o reinado de Vespasiano, o Senado estabeleceu que o *herdeiro* poderia reter uma quarta parte do fideicomisso porque este não auferia qualquer vantagem em repassar o patrimônio ao fideicomissário. Esta situação resultava por propiciar uma conduta desidiosa ou simplesmente desinteressada por parte daquele. Com isso, a intenção do testador tendia a ser desrespeitada ou simplesmente ignorada. O mesmo procedimento de retenção foi adotado para os legados da Lei Falcídia. Traz o §6.º regras para a hipótese em que o fideicomisso prescrito respeita, ou não, o limite de três quartos da herança. Quando respeito o limite, aplicava-se o disposto pelo *senatusconsulto*³⁷ *Trebeliano*; do contrário, o *senatusconsulto Pegasiano*. Além disso, caso o *herdeiro* se negue a receber sua porção e repassar o montante fideicomissário alegando desconfiar do rateio realizado, permite o mesmo artigo, sob autoridade do *senatusconsulto Pegasiano*, o fideicomissário pode recorrer ao pretor para que determine ao herdeiro receber e transferir o montante devido ao fideicomissário. Relata o §7.º que as disposições de Pegasiano contrariavam os interesses dos mais antigos. Por essa e outras razões o Senador Papiniano qualificou as disposições daquele como *capciosas*. Nesse contexto, a codificação justiniana afastou as regras de Pegasiano e manteve em vigor o critério de Trebeliano, por meio do qual se retém a quarta parte da herança em favor do *herdeiro*. Este, pode também reaver aquilo que despendeu em excesso. Em qualquer caso, independentemente da distinção formulada pelo testador, manda o §8.º que se observe o disposto quanto à reserva de um quarto dos bens para o respectivo herdeiro. Prescreve o §9.º a regra a ser observada caso o herdeiro tenha adiantado para si a porção que lhe seria devida em razão do fideicomisso. Nessa hipótese, admite-se duas consequências. A primeira, em que ele é uma espécie de litisconsorte do fideicomissário; a segunda, em que o herdeiro responde na proporção dos bens que amealhou, isto é, a quarta parte.

O Código Civil não estabelece uma remuneração para o fiduciário, apenas faculta que este possa recusar a aceitar o encargo, conforme se extrai do artigo 1.955, do Código Civil.

No caso de falecimento sem testamento, autoriza o §10.º que um terceiro solicite a ao beneficiário da herança que os entregue a terceiro, a depender do direito aplicável ao caso

³⁷ No Senado Romano, as votações tinham duas qualificações. A primeira, *senatus consultum*, diz respeito às decisões de caráter obrigatório. Já aquelas chamadas de *senatus auctoritas*, eram de observação facultativa (Giordani, vol. II – Antiguidade Clássica, 1968, p. 122).

(civil ou pretoriano). Além disso. Considera-se inválida qualquer disposição legatária não prescrita em testamento.

Se comprovado que os bens pertencem ao autor da herança e que este não deixou testamento, então aplica-se o artigo 1.788 do Código Civil, por meio do qual a herança é transmitida aos herdeiros legítimos. Se um terceiro for credor do falecido, então ele poderá cobrar a dívida, conforme permissivo do artigo 1.821, *caput*, do CC.

Prescreve o § 11 que seja solicitado ao fideicomissário entregar aquilo que lhe foi passado, ou qualquer outra coisa.

O fideicomissário, na regra vigente, ao receber o bem do fiduciário, passaria a ser o proprietário dos bens deixados em fideicomisso. O fiduciário tem *propriedade restrita e resolúvel* dos bens (artigo 1.953, *caput*), razão pela qual deve confeccionar inventário, caucioná-los e entregá-los ao fideicomissário, se este os exigir (artigo 1.953, § único). Ocorre que o Código Civil permite apenas o fideicomisso de primeiro grau, sob pena de nulidade (artigo 1.959, *caput*), ao contrário do que autoriza a regra justiniana. Se o fideicomissário falecer antes do fiduciário, entende o STJ que a propriedade se consolida com este. Com isso, deixa de ser restrita e resolúvel (REsp 820.814, informativo 335).

Por último, relembra o §12 a dependência que os fideicomissários deveriam ter na disposição dos herdeiros em seguir o que foi testado, a ponto de ensejar a intervenção do Imperador Augusto. Em casos similares, prescreve Justiniano que herdeiro deverá fazer um juramento, para negar que foi nomeado pelo testador ou, alternativamente, entregar a parcela relativa ao fideicomisso. Esta regra também deve ser aplicada ao legatário e fideicomissário.

I.1.15 – Das Coisas Singulares Deixadas em Fideicomisso (Título XXIV)

Autoriza o §1.º que sejam prescritas em fideicomisso tanto coisas individualizadas quanto aquelas que pertencem aos herdeiros para fideicomissários, legatários ou terceiros. No entanto, o testador deve limitar suas disposições ao montante do quinhão deixado a título de herança, fideicomisso ou legado. Qualquer disposição que ultrapasse este limite é nula.

Esta disposição remonta ao que foi comentado acerca da disposição de coisa alheia, que é inválida, pois o autor da herança não tem a propriedade daquilo que ultrapassa as forças da herança e não pode exercer a faculdade de usar, gozar, dispor e reaver o referido bem, atributos que o Código Civil confere à propriedade.

Traz o §2.º disposições relativas ao fideicomisso de escravos, mesmo que pertençam ao testador, herdeiro, legatário ou terceiro.

Conforme já exposto ao longo deste trabalho e advertido na introdução, as disposições relativas a escravos serão citadas apenas por fidelidade ao texto Justiniano. Em consulta às páginas eletrônicas do STF e STJ³⁸, todos os resultados com a expressão *escravo* dizem respeito às condutas penais relacionadas ao chamado trabalho escravo.

Por fim, o §3.º prescreve fórmulas para redigir o fideicomisso, a saber: *solicito, peço, quero, mando, encarrego a tua fidelidade*.

Não traz o CC, no livro das Sucessões, qualquer disposição acerca das fórmulas a serem empregadas nas disposições testamentárias. Para Tartuce (2016), o testamento é um ato jurídico permeado de regras específicas em relação ao seu teor e à compreensão de suas disposições, razão pela qual o referido autor traz 13 regras para a confecção de qualquer modalidade de transmissão dos bens, a saber:

- 1.ª Regra – A nomeação de herdeiro – a título universal –, ou legatário – a título singular –, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo (art. 1.897 do CC).
- 2.ª Regra – Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador (art. 1.899 do CC).
- 3.ª Regra – Algumas cláusulas inseridas no testamento são consideradas nulas de pleno direito, por incompatibilidade com o ato de última vontade, por diversas razões (art. 1.900 do CC).
- 4.ª Regra – Algumas cláusulas testamentárias são permitidas pelo sistema sucessório nacional (art. 1.901 do CC).
- 5.ª Regra – A disposição geral em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública, entender-se-á relativa aos pobres do lugar do domicílio do testador ao tempo de sua morte, ou dos estabelecimentos ali situados (art. 1.902 do CC).
- 6.ª Regra – O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, em regra (art. 1.903 do CC).
- 7.ª Regra – Se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador (art. 1.904 do CC).
- 8.ª Regra – Se o testador nomear certos herdeiros individualmente e outros coletivamente, a herança será dividida em tantas quotas quantos forem os indivíduos e os grupos designados (art. 1.905 do CC).

³⁸ Quanto ao STF, a pesquisa está disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ESCRAVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zkzc7vy>. No que tange ao STJ: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 26/10/2017, 00h21.

9.^a Regra – Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e se tais quotas não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária (art. 1.906 do CC).

10.^a Regra – Se forem determinados os quinhões de alguns herdeiros, mas não os de outros, o que restar da herança será distribuído por igual aos últimos, depois de completas as porções hereditárias dos primeiros (art. 1.907 do CC).

11.^a Regra – Dispondo o testador que não caiba ao herdeiro instituído certo e determinado objeto, dentre os da herança, tocará ele aos herdeiros legítimos (art. 1.908 do CC).

12.^a Regra – São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação (art. 1.909 do CC).

13.^a Regra – A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador (art. 1.910 do CC). (Tartuce, 2016, vol. 6, pp. 409 a 424).

I.1.16 – *Dos Codicilos (Título XXV)*

O último título do Livro Segundo trás disposições específicas aos codicilos. Do §1.º se extrai que é possível redigir um testamento em conjunto com o codicilo e prescrever um fideicomisso em formato de codicilo, mesmo que o testador não tenha redigido testamento. Proíbe o §2.º que seja concedida ou retirada herança por meio de codicilo, bem como que se estabeleçam condições ao herdeiro instituído; no entanto, permite que a herança seja deixada por meio de fideicomisso. Por fim, autoriza o §3.º que sejam prescritos diversos codicilos, e não se exige qualquer formalidade para isso.

O codicilo pode ser usado para disposições funerárias do autor da herança, assim como prescrever bens de pequeno valor (artigo 1.881, *caput*). Equipara-se a codicilo qualquer prescrição com este conteúdo, mesmo que não seja testamentária (artigo 1.882 do CC). O fideicomisso, conforme já salientado em tópico anterior, permite que um patrimônio seja transferido a um fiduciário, o qual, por sua vez transmitirá o bem ao fideicomissário quando falecer. Por restrição do artigo 1.881, o codicilo deve abranger bens de pequeno valor e, se assim o quiser o autor da herança, prescrever disposições para a cerimônia do enterro. O Código Civil utiliza a expressão *pouca monta* para qualificar aquilo que pode ser objeto de codicilo. É uma disposição que ficará ao prudente arbítrio do juiz decidir se está ou não dentro desta qualidade. Tartuce (2016) arremata: *codicilo é um ato particular de última vontade simplificado e de expressão não considerável, para o qual a lei não exige maiores*

solenidades, em razão de ser o seu objeto de menor importância tanto para o falecido quanto para os seus herdeiros.

CAPÍTULO III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *Nouella* 118 abordou a sucessão legítima e trouxe diversos critérios para a transmissão da herança na situação em que não houve redução das disposições testamentárias. Ela inicia pela transmissão aos descendentes, ascendentes e colaterais; elimina distinções entre tronco feminino e masculino; aborda a tutela; e determina sua aplicação àqueles que professam a fé católica. Aos *heréticos*, manda que se lhes apliquem as disposições então vigentes. A *Nouella* 127 trata inicialmente da precedência dos sobrinhos em relação aos ascendentes e traz disposições acerca do casamento.

Pontes de Miranda (Tomo LVI) anota que a sucessão testamentária tem seus primórdios na Lei das XII Tábuas e em Atenas; perpassa a Idade Média, a história inglesa, o direito talmúdico e povos primitivos. O presente trabalho analisou um período histórico específico, o do Imperador Justiniano, o qual mandou compilar a legislação romana e concluiu o que ficou conhecido como *Corpus Iuris Civilis*.

O presente trabalho analisou 16 títulos, os quais contém 136 artigos. Há remissões remissões históricas às disposições adotadas pelo Império Romano em aproximadamente um décimo destes e foram apenas mencionados sucintamente.

Diversos institutos encontram total consonância com nosso Código Civil e demonstram a influência mantida pelo ordenamento que é, ao mesmo tempo, antigo e moderno. Antigo porque concluído há quase 1.500 anos; moderno porque várias de suas disposições foram mantidas pelo Código Civil de 2002.

Do cotejo das disposições estudadas, em vários pontos o *Corpus Iuris Civilis* é extremamente formal e chega a prescrever fórmulas, como no caso das coisas singulares deixadas em fideicomisso (Título XXIV), ao passo que o Código Civil estabelece diversas formalidades mas deixa margem para interpretação em determinados casos, como a “pouca monta” dos bens abrangidos pelo codicilo.

O presente trabalho encontrou diversas similaridades, especialmente no caso das formalidades, deserdação, instituição de herdeiro, legado, Lei Falcídia (limitação da porção patrimônio objeto de testamento), codicilos e fideicomisso. Há também a previsão de um *protutor* para fiscalizar os atos do tutor, o que equivaleria a uma espécie de *custos legis*, que fazia o papel de um Ministério Público (Título XVI).

Por outro lado, há disposições bem específicas e que encontraram pouco ou quase nenhuma correspondência com nossa legislação como perda de bens para um *pater familias* (Título XI); distinção para deserdação entre homens e mulheres (Título XIII); divisão da herança pelo critério das 12 partes cujo todo se dá o nome *asse*; (Título XIV); segregação entre herdeiros instituídos pela mãe aos estranhos, porque, para Justiniano, a mulher não tem pátrio poder (Título XIX).

O tema Direito Romano é deveras importante porque é a base de nosso ordenamento jurídico e *representa um momento ímpar da criação humana ao unificar a especulação filosófica grega com a prática romana* (Poletti, 2014). O estudo do Direito Romano chegou a ser banido em alguns países e até mesmo combatido pelo nazismo (Moreira Alves, 2009, p. 279)³⁹.

Por fim, este trabalho vislumbrou analisar a influência, as similitudes e discrepâncias entre o vasto arcabouço jurídico do Império Romano com um dos livros do nosso atual Código Civil. É necessário ressaltar que foi abordado um tema, o direito sucessório, dentre vários outros possíveis e em uma única fase do Direito Romano: o período pós-clássico. Para fins de Direito Comparado, ainda há um enorme campo a ser analisado e o autor deste trabalho espera poder tratar de outros futuramente e que outros colegas, especialmente os da graduação, possam debruçar-se sobre este riquíssimo assunto.

³⁹ No capítulo referente às vicissitudes do ensino de Direito Romano, Moreira Alves, comenta sobre os países que lecionavam tal disciplina, inclusive na União Soviética, e aqueles que abandonaram ou retiraram a obrigatoriedade do assunto nos cursos de graduação.

REFERÊNCIAS

Artigos, livros, periódicos, sítios de internet

Almeida, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed., reimpr. Coimbra. Almedina, 2014.

Alves, José Carlos Moreira. **Direito Romano** – 15ª ed. – Rio de Janeiro, 2012.

Azevedo, Álvaro Villaça. Professor Titular do Departamento de Direito Civil Ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade Mackenzie. **ENSINO DO DIREITO ROMANO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA EM GERAL**. Manifestação enviada ao "X Congresso Latinoamericano de Derecho Romano" realizado de 12 a 15 de agosto de 1996, em Lima, Peru, atualizada em alguns pontos. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67464/70074>

Chamoun, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6ª ed. Editora Rio, Rio de Janeiro, 1977.

CUNHA, Tainara Mendes. A evolução histórica do instituto da adoção. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 28 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34641&seo=1>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Correia, Alexandre. Sciascia, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 3ª ed. Revista e aumentada, vol. I. São Paulo, Saraiva, 1957.

Correia, Alexandre. Sciascia, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 2ª ed. Correcta e Melhorada, vol. II. São Paulo, Saraiva, 1955.

David, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** ; [tradução Hermínio A. Carvalho]. – 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1993.

Documentário sobre a “Era dos Imperadores”, realizado pelo canal History Channel, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=steGsJaL2iY>, acesso em 11/08/2017, às 14h39.

Giordani, Mário Curtis. **História de Roma** : antiguidade clássica II / 18. Ed. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2012.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1 : parte geral** – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3 : direito dos contratos**. – 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5 : direito das coisas**. – 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7 : direito das sucessões**. – 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

História da vida privada, 1 : do Império ao ano mil / organização Paul Veyne ; tradução Hildegard Feist. – São Paulo : Companhia das Letras, 2009.

I fattori della evoluzione del Diritto Romano Postclassico e la formazione del Diritto Romano Giustiniano, in *Studi di Diritto Romano*, V, p. 140 e segs, Milano, 1937; vide, também *Introduzione Storica allo Studio di Diritto Romano Giustiniano*, p. 81 e segs., Milano, 1935.

Iglesias, Juan. *Direito Romano* / Juan Iglesias ; atualizada por Juan Iglesias Redondo ; tradução de Cláudia de Miranda Avena. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito europeu ; v. 2 / coordenação Antonio García-Pablos de Molina, Cláudia de Miranda Avena).

J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. *Institutas do Imperador Justiniano*. Manual Didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. (Tradução diretamente do original latino, em edição aos cuidados de V. Arangio-Ruiz e Antonio Guarino, Milano, 1943, DOTT, A. Giuffrè Editore.) Coleção RT Textos Fundamentais. Ano 2000.

Lima, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado* / Salvador : Juspodivm, 2016.

Lobo, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano** : história, sujeito e objeto do direito : instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo ; prefácio do professor Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida. — Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

Luzardo, Adriana Remião, et al. Características de idosos com doença de Alzheimer e seus cuidadores: uma série de casos em um serviço de neurogeriatria. Artigo extraído de: Luzardo AR. Características de idosos com doença de Alzheimer e seus cuidadores: uma série de casos em um serviço de neurogeriatria [dissertação]. Porto Alegre (RS): UFRGS/Programa de Pós-Graduação em Enfermagem; 2006. Disponível em http://scholar.google.com.br/scholar_url?url=http://www.scielo.br/pdf/tce/v15n4/v15n4a06&hl=PT-BR&sa=X&scisig=AAGBfm2ABPQGUSWeSsi5OLHSiwJVuDGctw&noss=1&oi=scholarr&ved=0ahUKEwi_pKgmbXWAhXGFJAKHWVMAEIQgAMIJSgAMAA.

Meira, Silvio A. B.. **A Lei das XII Tabuas – Fonte de Direito Público e Privado**. 3ª ed. rev. e aumentada. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1972.

Meira, Silvio A. B.. **Instituições de Direito Romano** – 4ª ed. rev. e aumentada. Ed. Max Limonad, São Paulo, 1971.

Miranda, Pontes de. *Direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral...* / Pontes de Miranda; atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo. – São Pulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (coleção tratado de direito privado: parte especial; 56).

Nóbrega, Vandick Londres da. **Compêndio de Direito Romano**. 5ª ed. Revista e aumentada, Rio de Janeiro, 1969.

Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil – Vol. IV / Atual*. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Poletti, Ronaldo. Elementos de direito romano público e privado. – 1. ed. – Brasília , DF : Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

Poletti, Ronaldo. Elementos de direito romano público e privado. – 2. ed. – Brasília , DF : Editora Consulex, 2014.

Tartuce, Flávio. Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral / Flávio Tartuce. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Tartuce, Flávio. Direito civil, v. 6: direito das sucessões / Flávio Tartuce – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Legislação

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1.940.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.