

# A sucessão testamentária no novo Código Civil brasileiro\*

Francisco Amaral

## Introdução. O Novo Código Civil brasileiro

Minhas primeiras palavras são para saudar a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela realização deste Congresso de Direito Romano e cumprimentar o senhor Prof. Doutor A. Santos Justo pela primorosa organização do evento. Agradeço-lhe, também, o privilégio que me concede de mais uma vez voltar a esta Casa, de tão antigas e honrosas tradições, e de tão profundos laços com a Cultura e o Direito do Brasil.

Tendo em vista o tema geral do encontro, *O Direito das Sucessões: do Direito Romano ao Direito Atual*, creio que seria de algum interesse uma breve e despretensiosa comunicação sobre essa matéria no novo Código Civil brasileiro, particularmente no que diz respeito à sucessão testamentária, visando demonstrar a influência de fontes romanas. Esse Código foi aprovado no Congresso Nacional pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência a partir de um ano da sua publicação. Elaborou-o uma comissão formada pelos Professores José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões), sob a coordenação geral do Professor Miguel Reale, cuja interferência procurou dar ao Código um profundo sentido social, mercê de princípios que fizeram prevalecer os valores coletivos sobre os individuais (princípio de socialidade), os critérios ético-

---

\* Transcrição da palestra proferida no Congresso "O Direito das Sucessões: do direito romano ao direito actual" realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 03/02/2005.

jurídicos sobre o normativismo lógico-formal (princípio de eticidade), e a inserção de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que permitem ao intérprete maior liberdade no processo de concreção jurídica (princípio da operabilidade).

A elaboração do novo Código Civil brasileiro orientou-se por determinadas diretrizes, dentre as quais devem salientar-se as seguintes: *a)* compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do direito privado, conservando em seu âmbito o Direito das Obrigações unificado, sem distinção, portanto, entre obrigações civis e mercantis, nele incluindo as resultantes das atividades empresárias, salvo as matérias que exijam disciplina especial autonomia; *b)* manter, no possível, a estrutura do Código Civil de 1916, com a permanência da Parte Geral e da Parte Especial, esta dividida em cinco livros, sendo o primeiro o livro das Obrigações, e o último o de Direito das Sucessões; *c)* preservar, sempre que possível, a redação desse Código, por não se justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência. Essa preservação permitiu manter o direito romano no quadro das fontes do Código Civil, como no Código anterior; *d)* aproveitar, no processo de revisão do Código, as contribuições anteriores em matéria legislativa, respectivamente os anteprojetos de Código das Obrigações de 1941, de Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães; os projetos de Código Civil de Orlando Gomes (1963), e o de Código das Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira (1965), dispensando igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitaram, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no País sobre o assunto; *e)* não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação especial a disciplina de matérias novas ainda em discussão, tais como as decorrentes das recentes conquistas da ciência e da tecnologia; *f)* inserir na sistemática do Código a matéria das leis especiais promulgadas após

o advento do Código de 1916; e g) dar ao novo Código um carácter mais operacional do que conceitual e dogmático, procurando configurar os novos modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade. (Miguel Reale, *O Projeto do Novo Código Civil*, 2ª. edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 48).

O novo Código mantém, assim, a estrutura do Código Beviláqua, de 1916, redistribuindo, porém, a sua matéria, de acordo com os critérios atualmente dominantes na sistemática civil, isto é, Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões.

No Livro das Sucessões, como nos demais, o novo Código mantém-se, à semelhança do anterior, como depositário fiel da experiência jurídica romana, continuando a tradição jurídica que lhe fora dada pelo direito português, principalmente as Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até à entrada em vigor do Código Beviláqua (1º. de Janeiro de 1917), tradição essa que revela a ascendência comum dos direitos português e brasileiro (A. Santos Justo, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 71, 1995, p. 66), e que hoje se enriquece com novos modelos jurídicos que a sociedade pós-industrial justifica.

## **1. O direito das sucessões na sua estrutura. A fidelidade às fontes romanas**

O novo Código Civil disciplina a matéria das Sucessões no último livro da sua Parte Especial, o Livro V, que tem quatro títulos, dedicados, respectivamente, à Sucessão em Geral (Título I), com normas sobre a herança e sua administração, a vocação hereditária, a aceitação e a renúncia, da herança, os excluídos da sucessão, a herança jacente e a petição de herança; à Sucessão Legítima (Título II), reunindo as disposições referentes à ordem da vocação hereditária, aos herdeiros necessários e ao direito de representação; à Sucessão Testamentária (Título III), com disposições gerais sobre o testamento, a capacidade de testar, das for-

mas ordinárias do testamento, dos codicilos, dos testamentos especiais, das disposições testamentárias, dos legados, do direito de acrescer, das substituições, da deserdação, da redução das disposições testamentárias, da revogação do testamento, do rompimento do testamento, do testamenteiro; ao Inventário e à Partilha (Título IV), com a matéria do inventário, dos sonegados, do pagamento das dívidas, da colação, da partilha, da garantia dos quinhões hereditários e da anulação da partilha.

A influência romana mantém-se nos principais institutos, seja como transposição direta das fontes, principalmente o *Corpus iuris civilis*, seja como referência indireta que se faz por meio de outros códigos, como *Code Civil*, o português, o italiano, os projetos alemães, o espanhol, o argentino, o chileno etc. que deram expressão moderna a regras jurídicas romanas.

No campo do direito sucessório, também à semelhança do direito romano, a herança significa a continuidade da família, e o testamento à expressão do poder familiar, nova designação para o pátrio poder, que compete hoje, no direito brasileiro, a ambos os cônjuges.

O novo Código adota a concepção de herança que está no Digesto, particularmente D. 50.17.62 (*hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*), assim como a devolução sucessória (*delatio*), objeto do artigo 1.784 do Código, traduz a idéia contida na definição de D. 50.16.151, atribuída a Terêncio Clemente (*delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi*). O lugar da abertura da sucessão é o último domicílio do *de cuius*, como estabelece o artigo 1.785, que reproduz a disposição Cod. 3.20.1 (*ubi res hereditariae sitae sunt*). Quanto à aceitação e renúncia da herança, segue o Código no artigo 1.806, o disposto no D. 29.2. fr. 20, pr. (*Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres*) e, no que diz respeito à aceitação ou renúncia em parte, a máxima de D. 29.2.1 (*Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest*). Na sucessão testamentária, o conceito e a fun-

ção do testamento, objeto dos artigos 1.857 e 1.858, têm por base as definições de Modestino D. 28.1. fr. 1 (*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*) e de Ulpiano EU, 20.1 (*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*). Em matéria de legados, artigos 1.912 e seguintes, segue-se o conceito de Florentino D. 30.116 pr. (*Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*).

Outras referências se poderiam fazer, nomeadamente as que dizem respeito ao direito de representação, ao testamento particular, aos codicilos, às disposições testamentárias, ao direito de acrescer entre herdeiros e legatários, aos fideicomissos, à revogação do testamento, ao inventário e partilha, às colações, ao pagamento das dívidas. Em todas esses temas se pode encontrar, em maior ou menor dimensão, o paradigma romano.

## 2. A sucessão testamentária. Inovações

No que diz respeito ao nosso tema, a sucessão testamentária, as principais inovações que o novo Código apresenta, ligam-se diretamente, e nelas se justificam, às modificações no campo do Direito de Família que, entre outras mudanças, instituiu expressamente os princípios de igualdade de direitos dos cônjuges e dos filhos, eliminando as diferenças que no código anterior ainda se encontravam.

A primeira novidade é a legitimação para suceder que se reconhece ao *narciturus conceptus* e ao *nondum conceptus*, dispendo o artigo 1.798 que também se legitimam as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão, e o artigo 1.799, I que também podem ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão. Segue-se aqui o já disposto por Juliano D. 1. 5. 26 (*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*), por Paulo D. 1. 5. 7 (*Qui in utero est, perinde*

*ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius quaeritur*), e ainda Inst. 2.20, §§ 25 e 26.

Outra inovação a destacar é a que visa proporcionar maior amparo aos filhos extra-matrimoniais, estabelecendo-se no artigo 1.803 que *é lícita a deixa ao filho concubino, quando também o for testador*. Esta disposição inexistia no Código anterior, sendo produto de construção jurisprudencial e objeto da Súmula nº. 447 do Supremo Tribunal Federal (*“É válida a disposição testamentária em favor do filho adulterino de testador com sua concubina”*).

Matéria que refletia uma particularidade do direito brasileiro era a disposição contida no artigo 1.723 do Código Beviláqua, no sentido de que o testador podia estabelecer condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia dos bens da legítima. De modo diverso, estabelece agora o Código, no artigo 1.848, não poder o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima, salvo no caso de haver justa causa. Reafirma-se, assim, o princípio da intangibilidade da legítima, que já no direito romano não podia ser gravada de encargos ou depender de condições (C. 3.28.32).

### 3. Conclusão

De tudo o que foi singelamente exposto, é de concluir-se que o novo Código Civil brasileiro, em matéria de sucessão testamentária, mantém-se fiel à tradição do direito romano, nos pontos essenciais, não descurando, porém, dos desafios da sociedade contemporânea e da família que lhe é própria, na qual impera hoje o princípio da igualdade dos cônjuges e dos filhos, com relevante efeito no campo das sucessões.

A ordem da sucessão hereditária e as diversas modalidades de testamento, no novo Código Civil brasileiro, inspiram-se no modelo romano e adaptam-se às novas exigências da vida social.

A experiência jurídica romana, se não pode ser reproposta como dogma, tem seu valor como paradigma histórico.