

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HISTÓRIA DO DIREITO

ANTONIO CARLOS WOLKMER

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Antonio Carlos Wolkmer, Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-059-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

O interesse pela História do Direito tem crescido significativamente no Brasil nos últimos anos. A inclusão da disciplina no conteúdo dos cursos de graduação, desde o início dos anos 2000, tem contribuído para o conhecimento e expansão da área. Sendo ainda uma área (ou sub-área) nova, a História do Direito, ainda luta para sedimentar-se academicamente dentre as disciplinas chamadas de zetéticas. Ao contrário da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito, já consagradas em currículos, eventos e produções nacionais, a História do Direito ainda carece, se comparada com as outras áreas, de um certo fortalecimento metodológico e teórico.

Nesse sentido a existência de fóruns, como o GT de História do Direito no CONPEDI, auxilia que trabalhos, já com preocupações metodológicas e teóricas de grande sofisticação, convivam com os de pesquisadores iniciantes no tema. Mas, se por um lado, a referida disciplina luta para consolidar sua especialidade em relação à Sociologia do Direito e à Filosofia do Direito, ela é palco de internacionalização e de refinados trabalhos acadêmicos. A ausência da disciplina no Brasil, durante alguns anos, fez com que o intercâmbio internacional fosse uma necessidade, logo na formação da disciplina. O mencionado fato levou diversos professores e pesquisadores a uma profunda inserção no meio acadêmico internacional. Daí o contraste da História do Direito: uma disciplina jovem, pouco difundida e sedimentada em muitos cursos jurídicos, mas que, por outro lado, tem dentre seus pesquisadores mais inseridos, um elevado nível de pesquisa e internacionalização.

Neste contexto, os trabalhos apresentados no CONPEDI e publicados aqui, servem para demonstrar uma área em transição e em processo de fortalecimento. Assim, eles contribuem para problematização de métodos, metodologias e teorias que podem ser aplicadas à História do Direito.

As apresentações tiveram temas genéricos e específicos, abarcando desde aspectos da presença e influência do "common law no Brasil, passando pelo direito romano e temas conexos. Também foram discutidos pensadores como Hobbes, Virílio, Habermas e Leon Duguit, e temas como espaços femininos, ideias marxistas, movimentos sociais e a trajetória do Direito no Brasil. Este foi o principal tema dos trabalhos que reuniu contribuições sobre o Período Colonial, a escravidão, a educação e a cultura jurídica. Também foi problematizado o Direito no Período do Império, as eleições de 1821, a obra de Diogo Feijó, a questão da

legislação sobre a adoção e o Estado laico e confessional. Sobre o Período Republicano, os trabalhos preocuparam-se com história do Direito Penal, crimes políticos, jurisprudência do STF e Relatório Figueiredo.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Antonio Carlos Wolkmer (UFSC - UNILASALLE)

Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Zélia Luiza Pierdoná (MACKENZIE)

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO ROMANO NA CONFIGURAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE IMPORTANCE OF ROMAN LAW IN THE LAW OF SUCCESSION CONFIGURATION OF BRAZILIAN LAW

Izabela Cristina de Oliveira

Resumo

O presente artigo pretende identificar a origem e a evolução, no direito romano, do direito das sucessões, e avaliar, posteriormente, a influência romana para o ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, foi necessário demonstrar as causas e o contexto do nascimento de tal direito. O direito de sucessão é algo intrínseco à sociedade, já que ele é visto como a continuidade do culto e, conseqüentemente, da propriedade familiar. A sucessão era aberta pela morte do de cuius. Oferecia-se, então, a possibilidade ao sucessor de adquirir a herança. Duas eram as formas de sucessão civil: sucessão legítima (ab intestato, baseada na lei) e testamentária (baseada na última vontade do de cuius). Por fim, através de detida análise conclui-se que o ordenamento jurídico teve grande contribuição dos romanos, tanto que até perpetuou várias de suas instituições.

Palavras-chave: Direito romano, Direito sucessório, Influência do direito romano no ordenamento jurídico brasileiro, Direito civil.

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to identify the origin and evolution, in Roman law, the law of succession, and evaluate later, the Roman influence to the Brazilian legal system. For this it was necessary to show the causes and context of the birth of such a right. The right of succession is something intrinsic to society, since it is seen as the continuity of the service and, consequently, the family owned. The succession was opened by the death of the deceased. Offered up, then the possibility the successor to acquire the inheritance. Two were the forms of civil succession: legal succession (ab intestate, based on the law) and testamentary (based on the last will of the deceased). Finally, through detailed analysis it is concluded that the law had great contribution of the Romans, so that even perpetuated many of its institutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Roman law, Inheritance law, Roman law influence of the brazilian legal system, Civil law.

1. Introdução

O direito das sucessões entre os antigos, incluindo , nesse grupo, o povo romano, surgiu da necessidade de dar continuidade ao direito de propriedade, estabelecido para o cumprimento de um culto hereditário. Nesta relação, o culto e a propriedade da família estavam intimamente ligados. Dessa forma, os bens e o culto de cada família eram inseparáveis na Roma Antiga.¹

É desse princípio e dessa íntima relação, portanto, que surgem todas as regras do direito sucessório entre os antigos. Assim como a religião doméstica era hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. O filho natural que dava continuação aos cultos, herdava também os bens. Enfim, são as crenças dos povos que originam o princípio da hereditariedade. Dessa maneira, o filho não tinha que aceitar nem recusar a herança, visto que a continuação da propriedade, como a do culto, é para ele uma obrigação e um direito (COULANGES, 2001, p.79).

Na Roma Antiga, as posses são imóveis, tais como o fogo sagrado e o túmulo a que se acham presos. Nessa sociedade, portanto, o direito de sucessão é algo intrínseco à sociedade, já que ele é visto como a continuidade do culto e, conseqüentemente, da propriedade familiar. Tendo em vista essa conjectura, procuraremos, ao longo do trabalho, desenvolver o significado desse direito e de seus diversos institutos para os romanos.

¹ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*- Título original: *La Cité Antique*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.78.

1- Sucessão (“ Successio in universum ius”)

De acordo com José Carlos Moreira Alves, a sucessão (*successio in universum ius*), no contexto romano, situa-se entre as modificações sofridas pelos direitos subjetivos. Ela consiste na substituição de uma pessoa por outra em determinada relação jurídica. Tal substituição pode decorrer: de ato jurídico *inter vivos* – denominada também de sucessão *inter vivos*-, ou da morte- nomeada de sucessão *mortis causa*.

Além disso, a sucessão pode ser denominada universal, quando se dá em relação a uma *universitas iuris*, tal como o patrimônio de uma pessoa falecida; ou singular, quando se tem como referência uma determinada relação jurídica ou um conjunto de relações jurídicas, as quais a lei não considera uma unidade. É importante frisar que esses dois tipos de sucessão podem se apresentar tanto do modo universal quanto do modo singular.²

Como o objetivo do presente trabalho é pesquisar o direito de sucessão em Roma, não será feito um estudo aprofundado sobre a sucessão *inter vivos*, e sim sobre a sucessão *mortis causa*, a qual constitui o objeto do direito que será trabalhado. Tal ramo representa, modernamente, uma das partes do direito civil, na qual se disciplinam as relações jurídicas de uma pessoa depois de sua morte. Nesse sentido, Ebert Chamoun pontua:

O Direito das Sucessões é um conjunto de normas que regulam a sorte das relações jurídicas de uma pessoa na época de sua morte. Senão a justiça, pelo menos a segurança impõe que o patrimônio do defunto continue na pessoa de alguém que se torne titular do ativo e responda pelo passivo.³

Se não houvesse sucessão, as relações jurídicas encontrar-se-iam seriamente ameaçadas, já que o patrimônio não transitaria para uma nova esfera jurídica. Assim, os direitos e obrigações patrimoniais geralmente não se extinguem pela morte de seu titular e os romanos chamavam de *succedere in ius* a passagem de todos os direitos e obrigações transmissíveis do defunto a uma outra pessoa, seu sucessor.⁴

² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.413 e 414.

³ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951, p.407.

⁴ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 173.

Nesse contexto, a palavra *hereditas* significava tanto o processo desta passagem como o seu objeto, o patrimônio do defunto, transmitido ao sucessor. “Os bizantinos da época de Justiniano, que introduziram o novo conceito da *successio in singular res*, a transferência de determinados direitos ou obrigações de um para outro sujeito de direito”(MARKY, 1995, p.173).

Originalmente, no direito romano, a sucessão se restringia exclusivamente aos filhos e eles eram considerados quase donos, mesmo em vida, de seu pai, na expectativa de receber, futuramente, a herança e a aquisição da livre administração dela.⁵

Não havendo descendentes, a família podia extinguir-se com a morte do *paterfamilias*. “Para evitar que isso acontecesse, praticava-se ou a *adrogatio* ou a designação solene do herdeiro, perante o corpo político do Estado, na mesma forma da *adrogatio*, que se chamava *testamentum comitiis calatis*: eis a origem da escolha voluntária do sucessor.” (MARKY, 1995, p.174)

A Lei das XII Tábuas também previa o caso de inexistência do testamento e determinava a linha dos sucessores e, em fase ulterior, introduziu-se também a liberdade de testar do *paterfamilias* (MARKY, 1995, p.174).

Como já citado, a palavra herança (*Hereditas*), além de designar o fato simplesmente da sucessão universal *mortis causa*, pode ser empregada em dois sentidos: no objetivo, designando o patrimônio de uma pessoa que faleceu – hereditas, como universalidade de direito; e no sentido subjetivo, significando o direito subjetivo de que alguém é titular com relação a esse patrimônio, aqui se usa hereditas como direito de sucessão.

A herança era o objeto principal do processo de sucessão e consistia nos direitos e obrigações transmissíveis. Entretanto, havia relações jurídicas intransmissíveis, por força de lei expressa ou de sua extinção pela morte de seu titular. São intransmissíveis as de caráter personalístico, o usufruto, o uso, a habilitação, as obrigações decorrentes de delito, relações obrigacionais como o contrato de sociedade e o de mandato, as relações jurídicas familiares, como a tutela, e as de direito público, como a magistratura (ALVES, 1980, p.417).

A herança podia ser ativa ou passiva (*damnosa hereditas*), pois o *heres*, herdeiro, também arcava com as dívidas do defunto ao substituí-lo nas suas obrigações. Um dos deveres primaciais do herdeiro consistia em continuar o culto doméstico (*sacra privata*),

⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*- Título original: La Cité Antique. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.79.

mas quando a religião doméstica se extingue, esse dever também se enfraquece, até desaparecer completamente.

Confunde-se com o patrimônio do herdeiro, o patrimônio do defunto, os quais passam a ter um único titular (CHAMOUN, 1951, p.459 e 460). Todo o patrimônio passava universalmente (*per universitatem*) ao herdeiro, respondendo esse com seu próprio patrimônio, como se tivesse ele próprio contraído o débito. No caso de pluralidade de herdeiros, cada um sucedia ao *de cuius* (defunto) no patrimônio todo, sendo os direitos e obrigações de cada herdeiro limitados apenas pelo concurso dos demais, cabendo a todos alíquotas ideais sem divisão real (MARKY, 1995, p.175).

No direito romano, distinguia-se a fase da abertura da sucessão (*delatio hereditatis*), em que ela era oferecida ao sucessor, e a fase da sua aquisição.

A liberdade de testar, princípio básico da sucessão testamentária, foi se restringindo no direito romano mais evoluído. Primeiro exigia-se que o testador incluísse seus parentes mais próximos no testamento, e só depois, foram introduzidas regras com a finalidade de assegurar, a esses parentes mais próximos, uma participação real na sucessão, que o testador não podia desrespeitar. Daí surgiu também uma terceira forma de sucessão: contra o testamento (*successio contra tabulas*).“Tem lugar quando o testamento não contempla, ou contempla insuficientemente, determinadas pessoas a quem a lei confere o direito de receber sempre uma quota da herança-legítima (CHAMOUN, 1951, p.408).

A herança legítima e a testamentária se excluíam uma à outra, eram incompatíveis. Nomeado herdeiro, a sucessão se abria com base no testamento e o direito desse herdeiro se estendia a todo patrimônio do *de cuius*, e os herdeiros legítimos não podiam concorrer com ele, a não ser obedecendo às regras da sucessão contra o testamento. Em relação aos testamentos entre si, o posterior derogava o anterior (MARKY, 1995, p.176). E não era permitido testar sobre uma parte dos bens, deixando que a lei regulasse a outra parte (CHAMOUN, 1951, p.408).

As sucessões se verificavam de várias maneiras: pela *hereditas*, pela *bonorum possessio*, pela *adrogatio* e pela *conventio in manum*. (CHAMOUN, 1951, p.407).

A aquisição da herança (*Acquisitio hereditatis*) se fazia *ipso iure* ou por expressa manifestação da vontade, dependendo da qualidade dos herdeiros que poderiam ser necessários (*suus heres*) ou estranhos (*heres extraneus*). Os herdeiros necessários adquiriam a herança automaticamente, sem a manifestação de vontade de aceitá-la, eram os membros da

família do *de cuius* que, no momento da sua morte, estavam sob sua potestas, e os que estavam sob a dominica potestas, os escravos alforriados nomeados herdeiros no testamento. Esses herdeiros necessários adquiriam a herança *ipso facto* da morte do defunto, eram forçados a responder pelas dívidas do espólio e somente o pretor amenizou essa situação, concedendo a *facultas abstinendi* aos filhos e o *beneficium separationis* aos escravos. Pela *facultas abstinendi*, o herdeiro que se abstinha de comportar-se como tal, era considerado pelo pretor como estranho para os efeitos patrimoniais da herança; e pelo *beneficium separationis*, o escravo podia conservar separados os bens adquiridos após sua alforria, não respondendo com eles pelas dívidas da herança (MARKY, 1995, p.176).

Já os herdeiros estranhos (*extranei*), *heredes voluntarii*, só adquiriam a herança com expressa manifestação de vontade de aceitá-la, a qual se chama adição da herança (*aditio hereditatis*). Três eram essas formas de aceitação: a cretio, solene e formalística, mediante pronunciamento verbal; a tácita, deduzida implicitamente pela prática de atos relativos à herança; e a aceitação sem formalidades (*aditio nuda voluntate*) (MARKY, 1995, p.177).

Para que a aceitação fosse válida, era necessário ter vontade jurídica e capacidade de tornar a própria condição, o que era pior, pois o herdeiro além de recolher o ativo, deveria suportar também o passivo e pagar as dívidas do defunto. O herdeiro deveria ser chamado pessoalmente à herança e efetuar a adição após a abertura da sucessão. Também deveria ter uma *capacitas* especial, o direito de recolher a herança ou um legado, que o herdeiro deveria possuir pelo menos quando da delação hereditária. Essa exigência que foi criada para estimular os casamentos privou quem não está casado em união legítima ou o casado sem filhos (CHAMOON, 1951, p.453).

O título por força do qual uma pessoa pode adquirir a herança mediante aceitação chama-se “delação da herança” (*delatio hereditatis*) (CHAMOON, 1951, p.408).

No direito antigo, quando havia pluralidade de *heredes sui*, formava-se entre eles uma comunhão de pleno direito, o *consortium*. Os co-herdeiros continuavam a co-propriedade que já existia enquanto era vivo o pater, ficando a viúva, as filhas e os impúberes sob a tutela dos filhos púberes. Os herdeiros estranhos também podiam constituir idêntica sociedade, mas deviam pedi-la ao pretor, cada um dos comunistas podia mancipar as coisas comuns e, se libertasse um escravo comum, ele se tornava liberto de todos os consortes. O *consortium* não era obrigatório e as XXI Tábuas autorizavam sua divisão por qualquer dos

herdeiros, que podia dar-se de comum acordo (voluntária) ou em virtude de decisão judiciária (CHAMOUN, 1951, p.464).

Poderia também ocorrer o repúdio da herança, em que se exigia a mesma capacidade para aceitação e se caracterizava por afastar possibilidade de uma ulterior aceitação. É um comportamento negativo e podia dar-se somente a partir do momento em que sua adição fosse possível, dispensava formalidades quando o repúdio era expresso (CHAMOUN, 1951, p.468).

Quando aberta a sucessão, mas ainda não aceita a herança (o que só poderia acontecer no caso de *heres extraneus*), o patrimônio do *de cuius* ficava sem dono, é o caso da herança jacente (*Heredita jacens*). O patrimônio estava em uma situação especial de pendência, de transição (MARKY, 1995, p.177). Não há titular, pois o antigo proprietário da herança faleceu e o eventual não declarou ainda sua vontade (CHAMOUN, 1951, p.470).

Um instituto curioso em relação à herança jacente era a *usucapio pro herede*, em que a posse, durante um ano, de coisa pertencente à herança, gerava propriedade. Por ela adquiria-se também a posição de herdeiro e, em consequência, toda a herança. (MARKY, 1995, p.178)

Já quando a sucessão é repudiada por todos que podiam aceitá-la, ela se denominava vacante. É a sucessão que não tem quem a recolha e seu problema consiste no destino que deve ser dado à sucessão vacante. Por exemplo, no direito antigo qualquer pessoa podia dela apoderar-se; no fim da República, o pretor concede aos credores direito de se apossarem dela e vendê-la; já no Império a herança vacante era desviada para o fisco (CHAMOUN, 1951, p.474).

No direito romano clássico, à *hereditas* se contrapõe a *bonorum possessio* (sucessão universal *mortis causa* disciplinada pelo *ius honorarium*) (ALVES, 1980, p.427).

A *hereditas* era um instituto quiritário regulado, exclusivamente, pelo antigo regime. Já a *bonorum possessio* era a posse dos bens hereditários, deferida pelo pretor. Sua instituição se deve à necessidade prática que orientava o pretor na introdução desse instituto como preliminar da *rei vindicatio*.

No campo da sucessão, a questão referente ao título de herdeiro decidia-se mediante uma *actio in rem*, chamada *hereditatis petitio*, semelhante à *rei vindicatio*. Nela a iniciativa cabia ao não-possuidor contra o possuidor. Nas situações incertas, o pretor examinava as circunstâncias e decidia o possuidor pelo seu bom senso.

Um *interdictum quorum bonorum*, concedido pelo pretor, possibilitava ao herdeiro, como tal considerado pelo magistrado, entrar na posse dos bens hereditários de quem os retivesse indevidamente. Mas tal posse não era definitiva, o *bonorum possessio era sine re* (sem efeito contra o *ius civile*), e só pelo usucapião assim se tornava. Porém, mais tarde, passa o instituto da *bonorum possessio* do direito pretoriano a ser *cum re*, a ter força contra o direito quiritário (MARKY, 1995, p.179).

3- Sucessão Testamentária (“*Successio secundum tabulas*”)

No que concerne à sucessão testamentária (*Successio secundum tabulas*), tem-se que:

O testamento é uma declaração de vontade pessoal revogável, solene e unilateral de última vontade destinada a instituir um ou vários herdeiros e a produzir efeitos após a morte do testador. (...) É uma disposição a título universal, na qual figuram, conseqüentemente o ativo e o passivo patrimoniais e que investe o herdeiro na função de perpetuar o culto doméstico (*sacra*).⁶ (...) Apenas depois da abertura do testamento é que o herdeiro instituído pode legalmente conhecer sua vocação e aceitar a sucessão. A conservação do testamento foi, por esse motivo, sempre cercada de atenções especiais; a lei Cornelia de *falsis* punia com severidade a destruição fraudulenta do testamento, sua alteração ou a recusa dolosa de o exhibir.⁷

A abertura do testamento deveria ser feita publicamente entre três e cinco dias após a morte do testador, sob pena de pagamento de multa elevada, como instituído na lei *Julia de vicissima hereditatum*, de 6 d.C, que cria também um imposto sobre a herança e os legados. Este prazo estreito para a abertura visa evitar a fraude ao imposto, pela sonegação uma forma usual de dos bens da herança. Ainda, segundo as leis caducárias, só depois da abertura é que se dá a transmissão dos legados e dos direitos sucessórios ao herdeiros instituídos *ex parte* (CHAMOUN, 1951, p.426 e 427) .

Quanto à capacidade de testar (*Testamenti factio activa*), era necessário ter capacidade jurídica para fazer o testamento, uma capacidade de fato, poder de alienar. Assim, não tinham essa capacidade: os *alieni iuris*, por não terem patrimônio próprio; os *latini juniani* que morriam escravos, passando seu patrimônio ao patrono, como pecúlio; as mulheres, no direito antigo, limitação que ia desaparecendo no direito mais evoluído; os

⁶ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951, p.409.

⁷ *Ibid*, p. 426.

intestabiles, punidos por terem negado a depor sobre atos de que houvessem participado na qualidade de testemunha; e os incapazes de fato, como os impúberes (menores de 14 anos), loucos, pródigos (MARKY, 1995, p.180).

Para ser nomeado herdeiro era preciso ter a capacidade de herdar (*Testamenti factio passiva*) e ser cidadão romano livre; o escravo podia ser nomeado quando, no mesmo ato, fosse alforriado. O escravo, como herdeiro necessário, não podia recusar a herança. Se um escravo alheio é nomeado, o senhor se aproveita da herança, salvo se o escravo foi libertado antes da adição (CHAMOUN, 1951, p.418). Diante disso, não tinha tal capacidade: os *peregrini*; os *intestabiles*; a *incerta persona*, (segundo Chamoun, eram aquelas das quais o testador não podia fazer uma idéia na época em que elaborou o testamento), a exemplo dos nascidos após o ato da última vontade (os *postumi*) e a pessoa jurídica. Mas essas limitações foram abolidas no direito justiniano, em que todas as corporações passaram a ter *factio testamenti passiva* (CHAMOUN, 1951, p.419).

O testamento podia se apresentar em diferentes formas:

- *Testamentum publicum*: o testamento no período mais antigo pode ser feito perante o comício por cúria, que se reunia para essa finalidade duas vezes por ano, e se chamava *testamentum calatis comitiis*; ou perante o exército (*in procinctu*), pronto para o combate. (MARKY, 1995, p.181). Esse último era reservado aos soldados e, por conseguinte, aos patrícios e plebeus cuja idade – inferior a 46 anos – possibilitasse o serviço militar; e as tropas exerciam apenas o papel de testemunha. (CHAMOUN, 1951, p.410) O militar pode fazer muitos testamentos, instituir herdeiros sob modalidade resolutiva e sua herança não tem caráter unitário (CHAMOUN, 1951, p.414).

- *Testamentum privatum*: nessa forma, o testador mancipava seu patrimônio a uma pessoa de sua confiança, o *familiae emptor*, que se obrigava a transferi-lo à pessoa designada pelo testador. “Sucessivamente, a *mancipatio familiae* passou a ser testamento, na qual o *familiae emptor*, junto com o *libripens*, ocupava a posição de testemunha apenas, com as demais cinco. Daí o número de sete testemunhas exigidas para o testamento privado romano.” (MARKY, 1995, p.181) “Era uma fórmula acessível aos plebeus, mas que apresentava os inconvenientes da irrevogabilidade do conhecimento imediato pelo herdeiro de sua vocação, da falta de ação contra o adquirente para remancipar as coisas aliendas, da não obrigatoriedade para o herdeiro de executar os encargos que lhe cometeram, da impossibilidade de atuar em favor dos filhos, porque a mancipação não é exequível para as

peças *in potestate*, e enfim de não instituir um herdeiro, um perpetuador da pessoa, mas apenas uma espécie de testamenteiro” (CHAMOUN, 1951, p.410 e 411).

Mais tarde, costumava-se redigir documento escrito do testamento, assinado pelas sete testemunhas, que se chamava *tabulae testamenti septem signis signatae*, a que se juntava a formalidade oral da *macipatio testamenti* (MARKY, 1995, p.182).

Além dessas formas ordinárias, há outras que, conforme as circunstâncias, são mais rigorosas ou mais simples, como o testamento do cego, do analfabeto, o testamento feito no campo ou em época de epidemia, para os quais se exige um número maior ou menor de testemunhas(CHAMOUN, 1951, p.414).

O codicilo é um pequeno testamento (*codex*), é necessariamente um escrito sem formalidades com o qual se pode dispor a título particular. Mas é necessário que o testador declare, em seu testamento, que confirma os codicilos; e se a herança testamentária é repudiada, os codicilos se invalidam (CHAMOUN, 1951, p.415).

Quanto ao conteúdo do testamento, seu conteúdo primacial era a designação do herdeiro e tinha que se iniciar com essa formalidade. Qualquer disposição testamentária que precedesse à nomeação do herdeiro era considerada nula. Só em Justiniano modificou-se esse excessivo formalismo(MARKY, 1995, p.182).

A designação do sucessor havia de ser feita inequivocamente e havia de se referir a determinada pessoa. Por isso era inválido o testamento em favor de *incerta persona*. A instituição de herdeiro deve ser *in perpetuum*, não podendo ser subordinada a termo e condição resolutivos, e a instituição *ex re certa* era nula, pois já que a instituição era também universal, não era legítimo restringir o direito do herdeiro a uma coisa determinada. Mas podia o testador instituir vários herdeiros, em partes iguais ou desiguais, onde todos tinham uma vocação eventual ao conjunto do patrimônio do defunto e se um faltava, os outros dividiam sua parte (CHAMOUN, 1951, p.419 e 420) Destaca-se que a condição suspensiva era admitida e o seu efeito consistia em retardar a abertura da sucessão até o implemento da condição (CHAMOUN, 1951, p.421).

O testador podia também nomear substituto a seu herdeiro (*substitutio vulgaris*) caso ele não pudesse suceder. O testamento podia conter também outras disposições, como atribuições de legados, fideicomissos, nomeação de tutor e alforria de escravo (MARKY, 1995, p.182 e 183) .

Um testamento pode se nulo desde o começo quando não preenche as condições de validade exigidas; mas pode um testamento válido (*iustum*) tornar-se posteriormente inválido ou ineficaz (CHAMOUN, 1951, p.428).

O testamento era *nulo ab inito* (inválido) quando: o testador não tinha capacidade de testar; lhe faltava alguma formalidade essencial; ou o testador desrespeitava a legítima de seus descendentes (MARKY, 1995, p.183).

E o testamento se tornava ineficaz quando: nascesse um filho ao testador, após feito o testamento em que não fora mencionado o filho superveniente, o testamento era rompido - *testamentum ruptum*; quando o testador perdia, após feito o testamento, sua capacidade de testar, salvo se decorresse do aprisionamento pelo inimigo em tempo de guerra - *testamentum irritum factum*; ou quando os herdeiros (estranhos e não necessários) não aceitavam a herança – *testamentum destitutum* (MARKY, 1995, p.183).

Por fim, revogava-se o testamento: pelo *contrarius actus* nos testamentos formais; quando um novo era feito pelo testador; ou pela destruição voluntária do documento do testamento, porém não pela sua perda ou danificação involuntária (MARKY, 1995, p.184).

3- Sucessão Legítima (“ Successio ab intestato”)

Se não houver testamento, se ele for ineficaz ou nulo, abre-se a *successio ab intestato*, a sucessão legítima. Somente o cidadão romano, com sua morte, pode dar ensejo à abertura dessa sucessão organizada pelo *ius civile*. São herdeiros legítimos (*heredes legitimi*) os chamados pela lei para receber a herança do que morreu *intestatus*. Durante a evolução do direito romano, esses herdeiros variaram de acordo com a circunstância do fundamento da afeição, decorrente do parentesco, presumida haver entre o falecido e quem iria sucedê-lo (ALVES, 1980, p.469 e 470).

Havia três sistemas de vocação hereditária; a do direito quiritário (baseada no princípio agnático); do direito pretoriano (introduziu novas regras em favor dos parentes cognáticos); e do direito imperial da época pós-clássica, que culminou com a legislação de Justiniano (fez prevalecer o parentesco cognático com exclusividade) (MARKY, 1995, p.185).

Ordines são as classes em que a lei divide os parentes do *de cuius* que podem ser chamados à sucessão. Essa sucessão se verifica na hipótese em que, se os integrantes de

uma classe (ordo) não se tornam herdeiros, os da classe subsequente são chamados para receber a herança. (ALVES, 1980, p.471)

Durante o direito quirritário, na Lei das XII Tábuas, havia três classes de herdeiros (*heredes legitimi*): os *sui heredes*, os *adgnati* e os *gentiles*. A primeira classe era dos *sui heredes* e tinha o significado de herdeiro por si próprio, devido à idéia do direito inerente dos descendentes sobre os bens familiares. Eram os descendentes sujeitos ao pátrio poder do *de cuius* e as mulheres casadas *cum manu* e, assim, parte integrante da família *proprio iure*. Na falta de *heredes sui*, é chamado à sucessão o *adgnatus proximus*, o parente agnado do *de cuius* em grau mais próximo (MARKY, 1995, p. 185 e 186). Em terceiro lugar são chamados os *gentiles*, membros da mesma *gens* do *de cuius*. Mas a sucessão dos *gentiles* já desaparecera no fim da República. Esse sistema de sucessão era muito restrito por ter o caráter puramente agnático (ALVES, 1980, p.473) .

No direito pretoriano, para a sucessão legítima, outros liames de sangue, não reconhecidos como jurídico para fins de sucessão, foram considerados merecedores de tutela jurídica, como o caso dos filhos emancipados. Por meio da *bonorum possessio*, correções foram feitas ao sistema do direito quirritário. Na *bonorum possessio sine tabulis*, o pretor estendeu a vocação hereditária a determinados parentes consangüíneos (não contemplados na sucessão do *ius civile*) e introduziu a abertura sucessiva na ordem da vocação hereditária, não aceitando os parentes mais próximos a herança, abria-se novamente a sucessão para a classe subsequente (MARKY, 1995, p.185 e 186).

Já no direito justinianeu há uma reforma geral com a Novella 118, a sucessão legítima aí já se baseava, exclusivamente, no princípio cognatício. Dois fatos caracterizam essa reforma: não se faz distinção entre: agnados e cognados; *personas sui iuris* e *personas alieni iuris*; homens e mulheres; e opera-se a assimilação das *bonorum possessiones* à sucessão *ab intestato* do antigo *ius civile*, só se falando, então, de *hereditas* (ALVES, 1980, p.481). Havia abertura de sucessão consecutiva para os graus e classes mais remotas caso os mais próximos não aceitassem a herança, e a herança definitivamente sem herdeiro passava ao Fisco (MARKY, 1995, p.188).

4- Sucessão necessária (“ Successio contra tabulas”)

No direito de sucessão romano, havia um problema delicado, a necessidade de se assegurar a sucessão às pessoas mais intimamente ligadas ao *de cuius*. Entretanto, na resolução dessa questão, dois princípios se chocavam, o respeito que deveria ser dado à última

vontade do testador e a preocupação em garantir melhores condições econômicas ao parentes mais ligados à pessoa falecida(MARKY, 1995, p.487). Daí o surgimento da sucessão necessária, a qual limita a liberdade absoluta do testador em escolher seu sucessor ou sucessores. Essa limitação era estabelecida por preceitos do *ius civile* e do *ius honorarium*, sendo que ela era exercida por duas espécies de restrições: uma de caráter formal e a outra de caráter material.

A sucessão necessária formal “(...) consistia na necessidade de o testador mencionar, no testamento, alguns herdeiros legítimos, quer para instituí-los herdeiros testamentários, quer para deserdá-los” (ALVES, 1980, p. 487). Já a “ (...) sucessão necessária material consistia na necessidade de o testador instituir, no testamento, herdeiros testamentários a certos herdeiros legítimos, atribuindo-lhes determinada quota de bens(...)”, denominada *portio legitima ou portio debita*, isto é, quota legítima ou quota devida. (ALVES, 1980, p.487).

Essas duas espécies de restrições sofreram, ao logo da história de Roma, várias modificações, as quais contribuíram para a unificação das duas nas reformas feitas por Justiniano, pelas Novelas 118 e 115. Nessas reformas, houve aumento da parte legítima de um quarto para um terço, ou para metade da parte *ab intestato*, conforme se tratasse de quatro ou mais herdeiros necessários, e determinaram, taxativamente, quais as causas para a deserdação (MARKY, 1995, p. 191).

5- Colação (“Collatio”)

Além da Sucessão testamentária, da Sucessão legítima e da Sucessão necessária, no direito romano, existia o instituto da Colação. De acordo com a *collatio*, “(...) ao se partilhar a herança entre vários herdeiros com direito à parte *ab intestato* havia de se considerar os bens patrimoniais por eles adquiridos antes da abertura da sucessão (MARKY, 1995, p.192). O objetivo desse instituto era assegurar igualdade na participação dos descendentes no patrimônio familiar.

6- Sucessão Singular (“ Successio Singulares Mortis Causa”)

Por fim, tratar-se-á detalhadamente da sucessão singular. Como já foi citado na parte inicial do trabalho, a sucessão *mortis causa* divide-se em singular e universal. Diferente da sucessão universal, na qual se transmite a herança no todo ou em parte, contendo sempre um complexo de direitos e obrigações relativas à herança; na sucessão singular, transferem-se

ao sucessor designado pelo testador somente determinados direitos destacados da herança (MARKY, 1995, p.194).Tal espécie de sucessão se divide no caso dos Legados (*Legatum*) e do Fideicommissum (*Fideicommissum*).

Chamava-se legado, a disposição testamentária a favor de pessoa individualmente designada, em relação a algum bem da herança. Por este diminuía-se a parte ativa da herança deixada ao herdeiro. As *Institutas* e o *Digesto* o denominaram também de *donatio testamento relicta* (cf. Inst. 2.20.1 e D. 31.36), nome que também caracterizava bem a essência e a finalidade do instituto. Segundo Thomas Marky:

O legado devia ser feito em forma solene, de maneira imperativa (*verbis imperativis*), ficando, seu cumprimento, a cargo de um herdeiro testamentário. Originariamente, só no testamento podia ser estipulado; mais tarde, admitiu-se, também, sua constituição em codicilo, isto é, num apêndice do testamento, devidamente confirmado.⁸

Dentre as várias regras básicas do legado, pode-se citar como exemplo algumas: o legado dependia sempre da nomeação de herdeiro; representava sempre uma diminuição da herança dos herdeiros testamentários e era recebido por intermédio de um dos herdeiros.

Por outro lado, o fideicomisso era a disposição de última vontade, a título universal ou singular, expressa sob a forma de solicitação ou pedido feito ao sucessor. Podia ser feito em testamento, separadamente, ou em um *codicillus*- ato que continha disposições para o caso de morte, entretanto, não nomeava herdeiros. Originalmente, a execução deste instituto dependia exclusivamente da boa-fé do onerado, o que representava uma grande insegurança ao fideicomissário. Todavia, a partir da época de Augusto, passou-se a admitir a possibilidade do fideicomissário propor ação para obter o que lhe fora deixado em fideicomisso. Tal medida deu grande impulso para a evolução do instituto, o qual passou a ser uma preferência, na época do Principado, para disposição da última vontade. Dentre as vantagens do fideicomisso, estavam a possibilidade de renúncia a qualquer formalidade e a ampla liberdade dada ao testador para formular sua última vontade.

7- Conclusão

⁸ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.194.

Através desse artigo, percebe-se a influência do direito das sucessões dos romanos no atual direito civil. Assim como o direito romano, o nosso ordenamento jurídico limita a vontade do testador. Tal percepção é comprovada pelo Art. 1789 do Código Civil brasileiro de 2002, o qual afirma: “ Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança ”.

Além disso, o objeto da transmissão do patrimônio, o qual compreende todos os direitos que não se extinguem com a morte, os bens móveis e imóveis, os débitos e créditos, continua sendo a herança.

Com a evolução do direito romano, a qual vai desde o direito quiritário até a época de Justiniano, a mulher também passa a ter possibilidade de herdar . Ademais, a figura do paterfamilias juntamente com a função do herdeiro de perpetuar o culto doméstico aos deuses perdem, aos poucos, seus significados.

Tendo em vista todos os institutos e características do direito romano apresentados no trabalho, pode-se concluir que nosso ordenamento jurídico teve grande contribuição dos romanos, tanto que até perpetuou várias de suas instituições, pertencentes inclusive ao direito das sucessões, como foi demonstrado pela citação do artigo 1789 do nosso Código Civil.

8- Referências Bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 413-502.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951, p. 407-451.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*- Título original: *La Cité Antique*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 78-92.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.173-196.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza:1950.