

# A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DA LEGÍTIMA NO DIREITO ROMANO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

*Data de aceite: 01/01/2024*

### **Alessandro Hirata**

Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (2001), doutorado em direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München (2007) e livre-docente em direito romano pela Universidade de São Paulo (2008). Foi Professor Assistente junto ao Leopold-Wenger-Institut da Ludwig-Maximilians-Universität München.

Atualmente é Professor Titular de Direito Romano e História do Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Foi Secretário de Justiça de Ribeirão Preto e atualmente é Secretário da Casa Civil de Ribeirão Preto. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, Direito Romano, Direito Civil, História do Direito e Direito Comparado (Direito alemão)

### **Guilherme Marcolini Filho**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (2018). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2023 – em andamento). Especialista em Direito Processual Canônico pela Universidade Católica de Petrópolis (2020). Especialista (Experto) em Bizantinística pela Universidad de Alcalá de Henares

(2021). Mestre em Direito Romano e Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2023). Sócio Titular da Marcolini Filho Sociedade Individual de Advocacia. Foi Professor Adjunto no Centro Universitário Unigran Capital (2022)

## INTRODUÇÃO

### Aspectos preliminares

O art. 1.789 do Código Civil Brasileiro traz a seguinte disposição: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”

Trata-se, como se vê, do instituto doutrinário da legítima, assim conceituado como “a parte da herança que é reservada de pleno direito aos herdeiros necessários, recaindo sobre o patrimônio do falecido limitações negociais em vida, em vias de garanti-la quando da morte do autor da herança” (art. 1.846 do CC/2002)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L. C. PENTEADO, *Manual de direito civil – Sucessões*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 78-79.

Em que pese a premente necessidade de atualização e flexibilização do regime jurídico hereditário no Brasil, a legítima é um dos poucos institutos jurídicos genuinamente romanos ainda conservados sem mácula por nosso direito das sucessões.

Nessa perspectiva, uma análise das raízes romanas da legítima brasileira poderá fornecer importantes subsídios para a sua adequada compreensão e – quicá – readequação pela via legislativa com vistas a melhor endereçar os desafios propostos pelo direito das sucessões na atualidade.

## Contexto histórico-cultural

O primitivo direito hereditário romano era marcado por uma amplíssima liberdade testamentária.

A Lei das XII Tábuas traz, em seu bojo, disposição que atesta a “*latissima potestas*” de disposição patrimonial pela via hereditária reconhecida pelos Decênviros ao *paterfamilias*:

*Leg. XII Tab. V, 3.*

*Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*<sup>2-3</sup>.

O mesmo fragmento é atestado, com ligeiras modificações, em fontes diversas<sup>4</sup>, e a determinação de qual versão seria a mais fidedigna em relação à redação original dos decênviros tem sido objeto de intenso esforço palingenético por parte da doutrina<sup>5</sup>.

Entretanto, em que pese o dissenso doutrinário acerca da mais adequada formulação, pode-se depreender, geralmente, e em congruência com os reclamos sociais

2 Cic. *De inv.* 2, 50, 148. Em que pese não seja escopo deste trabalho adentrar na discussão palingenética concernente a qual a redação do fragmento citado seria a mais próxima do comando original da Lei das XII Tábuas, escolheu-se a formulação de Cícero como a mais provável a corresponder à formulação original, pois, a teor do que defendem G. GROSSO e P. ARCÉS, militam em favor de tal tese os seguintes argumentos: (I) a vigência, à época do Arpinate, de uma tradição escrita do Código Decenviral; (II) se trata de uma redação imune à intervenção dos compiladores de Justiniano; (III) se trata da mais antiga formulação dentre as que sobrevieram até os dias de hoje; e (IV) a expressão “*familia pecuniaque*” seria idônea a indicar o conjunto de pessoas e coisas submetidas, no período arcaico, à *potestas* do *paterfamilias*. Cf., a propósito, respectivamente, *I legati*, 1ª ed., Torino, Giappichelli, 1953, p. 8; e *Riflessioni sulla norma «uti legassit»* (Tab. V.3) in *Rivista di Diritto Romano – Periodico di Diritto Romano, di Diritti Antichi e della Tradizione Romanistica Medioevale e Moderna* 4 (2004), p. 21.

3 Do modo que um *paterfamilias* dispuser <mortis causa> sobre sua família e seu patrimônio, assim será o direito. (tradução nossa)

4 “*Uti legassit suae rei, ita ius esto*” – G. 2, 224 = Pomp. 5 *ad Q. Muc. D.* 50, 16, 120 = Inst. 2, 22, pr. = Teoph. *Inst. Par.* 2, 22, pr.

“*Uti legassit quisque de sua re, ita ius esto*” – Nov. 22, 2, pr.

“*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*” – *Ep. Ulp.* 11, 14.

“*Uti legassit super pecuniae tutelave suae rei, ita ius esto*” – Paul. 59 *ad Ed. D.* 50, 16, 53, pr. “*Paterfamilias uti super familia pecuniae sua legaverit, ita ius esto*” – *Rhet. ad Her.* 1, 13, 23.

5 Entre os estudos mais recentes, cf., dentre outros, D. DI OTTAVIO, *Uti legassit... ita ius esto – Alle radici della successione testamentaria in diritto romano*, Napoli, Jovene, 2016; P. ARCÉS, *Studi sul disporre mortis causa – Dall’età decenvirale al diritto classico*, Milano, LED, 2013; P. ARCÉS, *Riflessioni*, cit. (nota 30 *supra*); B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5. 3 (Uti legassit... ita ius esto)* in *AUPA* 46 1 (1998), pp. 35-66; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano – Le cose e la natura*, Roma, Laterza, 1998, pp. 26-43; J. GAUDEMET, «*Uti legassit...*»: *XII Tables* 5, 3, in H. ZEHNACKER – G. HENTZ (ed.), *Hommages a Robert Schilling*, Paris, Les Belles Letres, 1984, pp. 109-117; e A. MAGDELAIN, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, in H. ZEHNACKER – G. HENTZ (ed.), *Hommages a Robert Schilling*, Paris, Les Belles Letres, 1984, pp. 159-175 = *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, in *Jus Imperium Auctoritas – Études de droit romain*, Rome, École Française de Rome, 1990, pp. 659-677.

que originaram o próprio Código Decenviral, que foram alçadas à força de lei as disposições *causa mortis* do *pater* – sendo que tais disposições não encontravam, ao menos nesse inicial estágio da ainda jovem República Romana, nenhuma limitação formal.

Antes, entretanto, de se iniciar a análise das profundas mudanças sofridas pelo direito sucessório romano no período clássico, faz-se mister traçar um panorama histórico-cultural e das transformações sociais inerentes ao mundo romano nos fins da República e princípio do Império.<sup>6</sup>

A República Romana foi estabelecida em 509 a.C., após a deposição do último Rei, Tarquínio, o Soberbo, com uma organização política e social típica de uma cidade-Estado aristocrática - o que se amoldava perfeitamente à situação romana da época. Por meio de alianças e guerras de conquista, entretanto, a pequena república latina acabou por tornar-se a maior potência do Mediterrâneo, *status* confirmado sobretudo após a vitória sobre os cartagineses nas três Guerras Púnicas.

Tal expansão trouxe inúmeras transformações a Roma, seja do ponto de vista econômico, seja do social, e até mesmo do cultural, que acabaram por descaracterizar por completo a identidade de cidade-Estado que a República já não mais conseguia ostentar.

É nesse contexto, que a sociedade romana experimenta, desde o final do século II a.C., uma série de crises políticas, guerras civis, e conflitos sociais de toda sorte, os quais culminarão no estabelecimento de uma nova ordem – ainda que de maneira politicamente velada – pelo Imperador Otávio Augusto.

O caos político também se refletiu nos valores de uma sociedade extremamente polarizada.

Vozes como a de Catão, o Velho, se quedavam, nesse período, abismadas com a “degeneração” da sociedade, o abandono dos antigos costumes, valores republicanos, e da religião e família tradicionais romanas, em prol da exaltação do dinheiro, da luxúria, dos prazeres corporais, e de cultos e pensamentos orientais de origem grega, egípcia, ou persa – tudo isso associado à ascensão dos “novos homens” e do acúmulo de riquezas ocasionado pela expansão territorial romana.<sup>7</sup>

De fundamental importância nessa alteração sociocultural foi, sem dúvida, a infiltração de correntes filosóficas helenísticas, sobretudo o epicurismo e o estoicismo.<sup>8</sup>

A primeira, representada por seu fundador Epicuro e encontrando eco no pensamento de romanos como Lucrécio, defendia sobretudo que a felicidade (εὐδαιμονία) estava intimamente ligada ao prazer.

---

6 Acerca da história romana, cf., dentre outros, T. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, 1854, trad. ingl. de W. P. Dickson, *The History of Rome*, v. I-VI, London, Cambridge University Press, 2010.

7 Cf., dentre outros, J. BLEICKEN, *Augustus: eine Biographie*, 1998, trad. ingl. de A. Bell, *Augustus: the biography*, London, Penguin Random House, 2016, pp. 259-343.

8 Sobre tais correntes filosóficas, cf., dentre outros, D. BALTZLY, *Stoicism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014 Edition, Stanford, 2014.

A segunda, de outro norte, defendia, em síntese, que a felicidade consistia - numa simplificação do pensamento estoico sintetizada por Crísipo - em “viver conforme a natureza”.<sup>9</sup>

Consequentemente, sendo as virtudes morais – justiça, prudência, coragem, moderação, etc. – o ápice da natureza racional humana, a ética estoica apregoa que a vida bem vivida é aquela em que se segue um padrão de virtudes que se distancia dos impulsos animalescos humanos, subordinando-os à vontade moldada pela razão.<sup>10</sup>

O estoicismo encontrou muitos adeptos politicamente influentes na sociedade romana, como Cícero, Epicteto, Sêneca e o próprio Imperador Marco Aurélio; Augusto, o primeiro Imperador, teve como tutor Atenodoro de Tarso, pensador estoico amigo de Cícero – a quem, inclusive, ajudou na confecção de sua famosa obra *De officiis* – e certamente teve sua educação influenciada por esta corrente filosófica.

A ascensão de Augusto, após quase um século de aguda crise política e guerra civil, rende-lhe loas como campeão da liberdade e “restaurador da República” – ainda que a antiga República já houvesse desaparecido há muito, e o novo regime instituído por Augusto representasse uma nova fase da história política de Roma.<sup>11</sup>

Assim, com sua chegada ao poder, Augusto passa a orientar sua atuação pela restauração de antigos ideais, virtudes, e da moral republicana, política levada a cabo, no âmbito cultural, em grande medida, por seu amigo pessoal Caio Mecenas, que patrocinou as obras de grandes poetas como Virgílio e Horácio. Nesse ponto, merece atenção especial a *magnum opus* de Virgílio: a “Eneida”.

Neste épico, o poeta mantuano narra as aventuras – ou, mais fidedignamente, desventuras – vividas por Eneias, príncipe troiano, que, ao deixar com um bando de conterrâneos a Troia em destruição pelos gregos da Ilíada, navega pelo Mediterrâneo rumo à fundação da “Nova Troia”, que, obviamente, será Roma.

No poema repleto de alegorias, Virgílio faz inferências veladas ao recente caos social vivido pela República Romana, e exalta os feitos e o papel fundamental de Augusto na sua superação, bem como na restauração da ordem e das virtudes tradicionais romanas – muitas das quais personificadas pelo próprio Eneias.

Nesse sentido, ainda que se desconsidere qualquer parcialidade advinda da amizade pessoal de Virgílio com Augusto, e do patrocínio dispensado por Mecenas sobre seus trabalhos, o poeta valorizava sobremaneira a pacificação social trazida pelo Imperador, e o deixou transparecer em sua poesia.<sup>12</sup>

9 Por meio de um pensamento ético rebuscado, os filósofos estoicos desenvolveram a tese de que tudo na natureza possui uma atração natural àquilo que lhe é mais apropriado (οἰκείωσις) e, basicamente, sendo o ser humano animal racional por natureza, tudo aquilo que nos aproxima ou aperfeiçoa tal natureza nos faz bem no sentido de aproximar-nos do ideal eudaimônico. Cf., nesse sentido, B. RUSSELL, *Wisdom of the West*, 1959, trad. port. de L. Alves e A. Rebello, *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2017, p. 143.

10 Por tal razão, os estoicos, desde a Antiguidade são pejorativamente tachados de “apáticos”, daí advindo, inclusive, a expressão em nosso vernáculo da “calma estoica”.

11 *The moral and political tradition of Rome*, Ithaca, Cornell University Press, 1967, pp. 64-65.

12 Nesse mister, faz acurada análise J. A. OLIVA NETO, *Breve anatomia de um clássico*, in VIRGILIO, *Aeneis*, trad. port. de Carlos Alberto Nunes, *Eneida*, 2ª ed., São Paulo, Editora 34, 2016, pp. 14-15: “Não seria ocioso lembrar que a *pax*

Posto isso, cumpre observar que Virgílio exalta em seu épico as virtudes romanas tradicionais cuja valorização e exaltação se encontravam em voga na época. Não por acaso, e também como fruto da inspiração do poeta latino em Jasão, herói das “Argonáuticas”, de Apolônio de Rodas, Eneias difere fundamentalmente dos heróis homéricos por, mesmo sendo filho da deusa Vênus, não ser um “super-homem” ou um semideus com poderes sobre-humanos: pelo contrário, trata-se de um herói que passa constantemente por crises e sofrimento, e que, mesmo em tais momentos, consegue reafirmar suas virtudes e cumprir seu objetivo.<sup>13</sup>

E tal se dá porque a virtude fundamental de Enéas é a *pietas* – cuja tradução literal ao português (“piedade”) não transmite fidedignamente seu significado original em latim.

Diferentemente das ideias de compaixão e religiosidade que o termo *a priori* nos revela, para os romanos tratava-se essencialmente de um *senso de dever*, seja para com a família, seja para com a sociedade, seja para com os deuses. É nesse sentido que Cícero enxerga a “piedade, que <nos> exorta a cumprir <nossos> deveres para com a pátria, os pais, e outros ligados <a nós> pelo sangue” (*pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*).<sup>14</sup>

Assim, para os romanos, a *pietas* consistia nos deveres morais que os filhos tinham para com os pais – e vice-versa – que os cidadãos tinham para com a República, que os fiéis tinham para com os deuses, e assim sucessivamente.<sup>15</sup>

No épico de Virgílio, Eneias é a corporificação de tal senso de dever, que coloca acima da sua própria vontade, máxima representada em sua resposta à Rainha Dido de Cartago, em que o herói, instado pelos deuses a abandonar a cidade africana e a rainha por ele apaixonada, sintetiza: “não busco a Itália por gosto” (*Italiam non sponte sequor*).<sup>16</sup> É a superação das emoções, dos prazeres, da volição individual, em prol dos deveres morais que caracteriza, pois, Eneias como o “herói piedoso”, e exemplo fundamental para o povo romano.<sup>17</sup>

---

*Augusta* era muito menos a disposição de espírito avessa e anterior à guerra, do que o étimo indica, o fato de que o poderio de Augusto foi a tal ponto superior, que logrou afinal vencer e paralisar a cizânia. Na linhagem dos épicos romanos, coube a Virgílio a tarefa de cantar a grandeza de Roma decorrente da pacificação de Otaviano Augusto, que estava no poder, e por mais que a nós possa repugnar como crime de lesa-poesia a ideia de um poeta que celebra quem está no poder, Virgílio não lesou a poesia, e a principal razão foi que “cantou o imperador” de modo oblíquo, porém não dissimulado. O público da *Eneida* percebia no poema as derradeiras etapas da pacificação do império por Augusto nem tanto porque Virgílio *trate* delas, como faria se fosse superficialmente encomiástico, mas porque as *significa*, isto é, dá-lhes significado na trama fazendo-as decorrer da primeira origem de Roma como consequência necessária, dado que a personagem principal não é Augusto, mas Eneias, que, porém, no poema, é ancestral do imperador.”

13 J. A. OLIVA NETO, *Breve anatomia*, cit., p. 16.

14 *De inv.* 2,22,66. Tradução nossa.

15 É, portanto, facilmente denotável na consagração social da *pietas* a influência do estoicismo, uma vez que tal virtude – cujo núcleo central é o adimplemento do senso de dever nas mais variadas esferas – resume basicamente a tônica central da ética estoica: agir em conformidade à natureza racional humana.

16 Trad. port. de Carlos Alberto Nunes, *Eneida*, cit., p. 275.

17 Novamente, de grande valia as observações de J. A. OLIVA NETO, *Breve anatomia*, cit., pp. 28-31: “Delineado que estivesse, a *Eneida*, porém, consuma o caráter de Eneias porque dramatiza a hombridade com que ele resiste a todo revés (...). Esta ‘piedade’ (*pietas*) não é a beatice que Yeats e Pound projetaram nele, mas por implicar estrita observância ao mandado divino é, numa palavra, a mãe de todas as outras virtudes de Eneias e, em particular, o que o faz fiel, o homem que deve cumprir sua missão a todo custo, malgrado a própria vontade. (...) A serena passividade que o conceito de destino pode sugerir não condiz com o peso moral que toda ordem superior impõe, mormente quando justa: Eneias

Assim, a consagração da virtude de Eneias por Virgílio era senão a consagração da *pietas* enquanto virtude essencial do povo romano e, mais ainda, do líder romano de então, o próprio Augusto,<sup>18</sup> que desde cedo<sup>19</sup> promoveu propagandisticamente a associação de sua imagem com tal virtude e, no curso de seu longo reinado, tomou diversas medidas que alimentavam tal concepção, seja nas obras públicas em honra de Apolo, Júlio César, seu deificado pai adotivo, ou de seus netos falecidos, seja pela via legislativa, como as *leges Iuliae de maritandis ordinibus e de adulteriis coercendibus*.

A valoração da *pietas* não permaneceu, contudo, restrita ao âmbito da política ou da moralidade pública: no âmbito privado, tradicionalmente esperava-se a sua observância pelos cidadãos nas mais variadas esferas de atuação, seja no meio familiar, seja no meio político, seja no meio religioso, de modo a criar um verdadeiro *officium pietatis* (“dever de piedade”, ou, mais propriamente, um “dever de observância da *pietas*”) socialmente vigente.<sup>20</sup>

Na seara, propriamente, do direito das sucessões, a valoração do *officium pietatis* como *standard* social a ser cumprido se manifestava nos testamentos: muito embora a lei não restringisse o seu conteúdo, a expectativa social era a de que refletissem o dever do testador para com a família, amigos, e a sociedade na instituição de herdeiros e legatários.

---

cumpra o destino como quem cumpre uma ordem maior e superior. Tendo a possibilidade material de permanecer com Dido em Cartago, não tinha a possibilidade ética de fazê-lo, o que equivale a dizer que Eneias sacrifica a felicidade pessoal em prol da Roma cujos fundamentos há de assentar, mas que jamais verá: o bem de um só, que é ele, pelo bem comum dos comandados e descendentes, esta é a fidelidade, a piedade de Eneias. O público romano, impregnado talvez dos mesmos valores estoicos que Virgílio teria projetado em Eneias, sentia-o mais próximo de si do que os heróis homéricos, pois que, mal saído de uma guerra em Troia, em que foi perdedor, sacrifica o conforto cartaginês por outra guerra em solo itálico, e o faz com hombridade, que é o preço que a nascitura Roma lhe cobra. Se é trágica a condição de Dido, que morre dilacerada entre a paixão e o dever cívico, não é menos dramática e patética a de Eneias, que nada tem de seu, a não ser deveres e mais deveres, como filho, pai, chefe, sacerdote e cidadão. Eneias é, assim, aquele que sobrevive e resiste. Muito nos comove, como prova de amor, o pai ou a mãe que perde a vida de desgosto pela morte do filho pequeno - mas de que modo nos tocamos os pais anônimos que sobrevivem para cuidar dos filhos vivos? Aquiles, Heitor, Dido têm a luminosa valentia dos que tombam cedo, jovens e belos, sendo assim perenizados na bela morte, enquanto Eneias tem aquele silencioso valor ético dos que, resistindo diariamente, sobrevivem e são diuturno esteio de outros que deles necessitam para continuar a viver.”

18 Nesse sentido, cf. S. QUERZOLI, *I testamenta e gli officia pietatis - Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, Loffredo, 2000, pp. 15-16: “Per la prima volta, la pietas diveniva garanzia della conservazione della ‘patria’ non solo ad opera di membri della aristocrazia che agivano in senato, ma del principe attraverso strumenti ben diversi da quelli che avevano caratterizzato le convulse vicende politiche tardorepubblicane. Il titolo di Pater patriae dato ad Augusto nel 2 a.C., non evocava unicamente la pietas nei confronti della divinità o dei culti tradizionali dei quali egli si faceva garante e interprete non diversamente dai sacerdoti repubblicani, ma anche la trasposizione in ambito politico dei mores familiari, degli strumenti di controllo di una ‘famiglia’ di dimensioni ecumeniche, la cui romanità era appena temperata dalla presenza di alcuni caratteri più spiccatamente greco-ellenistici. Assai significativamente, ancora Cassio Dione poteva commentare che πατήρ nella titolatura imperiale, inizialmente, non alludeva tanto all’autorità esercitata dal padre sui figli, ma, piuttosto, intendeva fungere da ammonimento agli imperatori che affinché amassero i suditi come figli, richiedendo nel contempo a questi ultimi di mostrare, nei riguardi dell’imperatore, la stessa reverenza tributata ai padri.”

19 Nesse sentido, é notável o elogio feito por Cícero ao jovem Augusto no Senado Romano por ocasião do discurso das “Filípicas” contra Marco Antônio (13,20,46): “Poderá <[Otávio]> César, aquele adolescente de singular piedade, se abster de buscar o sangue de Décimo Bruto pelas penas que infligiu a seu pai? (...) E nesse sentido devemos considerar <[Otávio]> César um jovem ainda mais admirável: e é uma bênção ainda maior dos deuses imortais que ele tenha nascido para a República, pois ele nunca se deixou desviar pelo <mau> uso do nome de seu pai, nem por <falsa> piedade; ao contrário, ele entende que a maior piedade consiste na salvação da <própria> pátria.” (*Caesar, singularem pietate adulescens, poteritne se tenere, quin D. Bruti sanguine poenas patrias persequatur?* (...). *Quo maior adulescens Caesar maioreque deorum immortalium beneficio rei publicae natus est, qui nulla specie paterni nominis nec pietate abductus umquam est et intellegit maximam pietatem conservatione patriae contineri.*). Tradução nossa.

20 Cf., dentre outros, E. CHAMPLIN, *Final judgments*, cit., pp. 5-28.

O descumprimento de tal dever representava, por sua vez, uma ruptura anômica do paradigma social, a qual era evidentemente repudiada por todos; contra a qual, entretanto, o direito tardo-republicano, do alto de seu formalismo, não dispunha de mecanismos para reprimir.

É nesse sentido que, ao final da Era Republicana, e durante o Principado, se começa a desenvolver expedientes jurídicos capazes de tutelar tanto o interesse material daqueles que, justificadamente, possuíam uma expectativa de herdar, quanto o interesse social da consagração e preservação do tão caro, aos romanos, valor da *pietas* e de seu correspondente *officium pietatis*.

## O DESENVOLVIMENTO DA LEGÍTIMA NO DIREITO ROMANO

### Primeiras limitações à liberdade de testar: os legados e a *quarta falcidica*

A desafio da imperante liberdade testamentária romana, ainda na Era Republicana, foram editados os primeiros diplomas a limitarem o poder de disposição arbitrária dos causantes sobre seus bens.

A origem de tal fenômeno certamente sofreu influência do momento histórico vivido por Roma; contudo, Gaio<sup>21</sup> nos fornece uma causa mais imediata: o temor do falecimento intestado.

De acordo com o jurista, sob a égide do Código Decenviral, era permitido ao *de cujus* que esvaziasse seu patrimônio em favor de terceiro na forma de legados – literalmente, *ad nutum* – muitas vezes deixando ao herdeiro apenas um “nome vazio”. Conseqüentemente, os herdeiros despojados renunciavam à herança, frustrando, pois, o testamento do defunto.

Tendo em vista tal realidade, nos explica Gaio,<sup>22</sup> é que foi editada, por volta de 181 a.C., a *Lex Furia Testamentaria*.<sup>23</sup>

Tal diploma dispunha que, salvo algumas expressas exceções, era vedada a aceitação de legados ou de doações *causa mortis* superiores em valor a 1.000 *asses*. Entretanto, tal lei não teria cumprido o fim almejado em razão de que o testador ainda poderia dilapidar seu patrimônio em legados, multiplicando o número de legatários em tantas quotas de 1.000 *asses* quanto propiciassem as forças da herança.

É neste sentido que se editou, então, em 169 a.C., a *Lex Voconia*,<sup>24</sup> que, para além de proibir a instituição de legados em favor de mulheres, estatuiu que a parcela deixada em legado não poderia exceder aquela deixada aos herdeiros.

Entretanto, tal lei padecia do mesmo mal de sua antecessora, visto que o testador ainda poderia fracionar a herança em número tal de legados que a parcela incumbente aos herdeiros seria mínima, levando à recusa da herança.

---

21 Gai. 2, 224.

22 Gai. 2, 225.

23 Gai. 2, 225.

24 Gai. 2, 226.

Por fim, já no ano 40 a.C., foi editada a *Lex Falcidia*,<sup>25</sup> que reservou aos herdeiros um quarto da herança (a partir de então denominada “*quarta falcidia*”), sendo que Gaio aponta ser tal a lei bem-sucedida e vigente em sua época.

Pode-se depreender da evolução dos diplomas citados por Gaio dois pontos principais.

O primeiro, da reafirmação dos valores tradicionais romanos: conforme fica expressamente consignado pelo jurisconsulto, a grande preocupação que motivou a edição destas leis era o número de falecimentos intestados. Trata-se, portanto, da reafirmação do valor e do prestígio social e moral da figura do testamento, e de sua principal função, qual seja, a instituição de um herdeiro; de modo que pode-se concluir, ao menos *prima facie*, não se tratar de proteção à família em si: protege-se, antes de tudo, a funcionalidade e a segurança jurídica do testamento com instituição de herdeiro.

O segundo ponto a ser observado é que a *Lex Falcidia*, ao instituir uma quota fixa reservada aos herdeiros pode ser vista como a precursora da *portio legitima* surgida já no final do Direito Clássico.<sup>26</sup>

Com efeito, as limitações impostas pelas leis anteriores se restringiam aos legatários: o testador ainda poderia instituir livremente quantos legados quisesse; com o diploma de 40 a.C., entretanto, tem-se uma limitação à própria atividade do testador, que passa a poder dispor mediante legado somente de 3/4 da herança.

Difere, entretanto, a reserva instituída pela *Lex Falcidia* da *portio legitima* romana e da atual legítima no seguinte aspecto: no primeiro caso, reservava-se em prol dos herdeiros testamentários, quer fossem *sui heredes* ou terceiros; ao passo que nas últimas, chancela-se o que convencionou-se por “herdeiros necessários”, isto é, aqueles que seriam herdeiros diretos do *de cuius* conforme a linha de sucessão intestada.

Verifica-se, pois, que também neste aspecto a *Lex Falcidia* não se presta a cancelar o direito pessoal e autônomo dos *sui heredes* do testador, mas antes, o prestígio e a eficácia jurídica do próprio testamento.

Importante notar-se que outros diplomas constritores da liberdade testamentária seguiram esta última lei: Gaio<sup>27</sup> nos noticia a *Lex Fufia Caninia* que restringiu as *manumissiones testamenti*; e Augusto, em sua atividade legislativa, editou a *Lex Iulia de Vicesima Hereditatum*, que instituiu imposto sobre a vigésima parte (5%) das heranças e legados deixados por testamento.<sup>28</sup>

---

25 Gai. 2, 227.

26 Cf., nesse sentido, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 748.

27 Gai. 2, 228.

28 Cf., dentre outros, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 740.

## Primeiras limitações à liberdade de testar: os fideicomissos e a *quarta pegasiana* (ou *trebelliana*)

No mesmo período, importante mudança marca a disciplina jurídica dos fideicomissos.

Instituto que permeava o direito sucessório desde o Período Arcaico, os fideicomissos originalmente não tinham o condão de gerar um direito ao fideicomissário, consistindo basicamente em uma obrigação moral do fiduciário de transmitir-lhe o patrimônio deixado pelo *de cuius* – situação que muda a partir do reinado de Augusto, quando passam os fideicomissos a deter coercibilidade jurídica.

Nessa perspectiva, insta salientar que a posição de herdeiro, em Roma, não admitia limitação temporal (“uma vez herdeiro, sempre herdeiro” – *semel heres semper heres*), de sorte que, conseqüentemente, era desconhecida aos romanos, ao menos originalmente, a substituição de herdeiro via testamento – fato que poderia trazer alguns inconvenientes, mormente numa sociedade que prezava altamente pela higidez dos testamentos e prevalência da sucessão testamentária.<sup>29</sup>

Quando os fideicomissos passam a deter coercibilidade jurídica, tal obstáculo passa a ser contornado pela chamada “substituição fideicomissária”, que se operava da seguinte maneira: o testador nomeava um herdeiro, e, ato contínuo, impunha-lhe o encargo de transmitir toda a herança ou parte dela ao fideicomissário – o que, inicialmente, seria feito por meio de estipulações de compra e venda fictícia (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*).

A vantagem de tal sistema era a de que o testador, assim, poderia contornar muitas amarras atinentes à instituição de herdeiro e ao regime dos legados – e tal é o caso, que no primeiro século do Império os fideicomissos tornaram-se extremamente populares.<sup>30</sup>

Objetivando sanar muitas dificuldades havidas sobretudo com a responsabilidade por dívidas tanto do testador, quanto do fideicomissário,<sup>31</sup> no reinado de Nero, editou-se o *Senatusconsultus Trebellianum*, que concedia aos fideicomissários de heranças *actiones utiles* (tanto na posição ativa, quanto na passiva) com o mesmo efeito das ações hereditárias, virtualmente colocando-os *in hereditatis loco*.<sup>32</sup>

Contudo, acabou-se por criar outro problema: os herdeiros instituídos, vendo-se sem qualquer controle sobre a transmissão dos bens, e muitas vezes despojados de qualquer conteúdo patrimonial da herança, passaram a repudiá-las, desconstituindo totalmente a sucessão testamentária, e abrindo-se a *ab intestato*.<sup>33</sup>

29 Cf. M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 422-423.

30 Cf. A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 479. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pp. 574-575 enumera, dentre as vantagens dos fideicomissos de heranças, a possibilidade de deixar patrimônio indistintamente a mulheres (contornando limitação imposta pela *lex Voconia*), *latini, furiosi*, nascituros e até mesmo a destinatários ainda não concebidos.

31 Nesse sentido, cf. Gai. 2, 252.

32 Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 575.

33 Gai. 2, 254.

Assim foi que no reinado de Vespasiano, promulgou-se o *Senatusconsultus Pegasianus*, o qual trouxe uma “complicada regulamentação”<sup>34</sup> quanto à responsabilidade patrimonial pela herança entre herdeiro e fideicomissário – dentro da qual, inclusive, a possibilidade deste último valer-se de coação pretoriana para forçar o primeiro a aceitar a herança – mas, mais relevante para este estudo, incorporou ao regime dos fideicomissos a sistemática da *quarta falcidia*.

Desta feita, o herdeiro que fosse onerado com a transmissão ao fideicomissário de mais de três quartos da herança, poderia reter para si até um quarto do total da herança – ao que se passou a denominar *quarta pegasiana*.<sup>35</sup>

O *Senatusconsultus Pegasianus* vigorou até o período justinianeu, quando o Imperador, reconhecendo as complicações por ele criadas, declarou-o revogado, restabelecendo, no essencial, o regime do *Senatusconsultus Trebellianus*, mantendo apenas o direito de retenção de um quarto da herança pelo herdeiro (a partir de agora com a denominação de *quarta trebelliana*), e a possibilidade de o fideicomissário compeli-lo a aceitar a herança judicialmente.<sup>36</sup>

## A preterição de *sui heredes* pelo testamento (“sucessão necessária formal”)

Como se viu, o testamento é negócio jurídico conhecido e utilizado pelos romanos desde os tempos mais antigos. E, como tal, possuía rigor formal extremado até mesmo para os padrões romanos.

Cumpra observar que a violação de certos aspectos formais do testamento por seu instituidor abria margem à sua impugnação pelos *sui heredes* – daí muitos autores modernos denominarem tal ocasião de “sucessão necessária formal” – nomenclatura, importante destacar, desconhecida dos juristas romanos.

Dada a força jurídica das disposições testamentárias, e da vigência de princípios como o *fauor testamenti* e a interpretação integrativa de suas cláusulas, a sua invalidação era, a princípio, difícil, e, efetivamente, não quista pelo ordenamento jurídico romano; entretanto, os *sui heredes* contavam, ao menos, com a garantia de que deviam ser expressamente instituídos ou deserdados pelo *de cuius*.<sup>37</sup>

Havia, portanto, regras, de cunho eminentemente formal, cuja observância pelo testador era obrigatória, sob pena de poder-se levar a eventual nulidade do testamento confeccionado.

Primeiramente, se observa que a deserdação tem de constar do testamento, não podendo ser realizada por qualquer outro meio em apartado, e mediante o emprego de fórmulas sacramentais bem definidas: *exheres esto* (nos casos de deserdação a título

34 E quem o diz, nesses exatos termos, é M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 424.

35 V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 575.

36 M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 424.

37 Recorde-se, contudo, que, neste primeiro momento, não se exigia “justa causa” para a deserdação dos *sui heredes*: o testador poderia fazê-lo *ad nutum*.

singular), *exheredes sunt* (nos casos de deserdação simultânea de mais de um herdeiro).<sup>38</sup>

A principal regra, no entanto, era a de que as deserdações de filhos homens do testador fossem feitas nominalmente, ao passo que, no caso dos outros *sui* – aí compreendidos filhas do testador, e também netos, mesmo os de parentesco agnático – podia-se deserdar em conjunto (*inter ceteros*).<sup>39</sup>

Os filhos póstumos, deveriam ser, também, expressamente deserdados,<sup>40</sup> sendo-lhes equiparados, para estes efeitos, os netos (de ambos os sexos), filhos de filho homem do testador.<sup>41</sup>

Por sua vez, no caso dos filhos emancipados, a regra geral, pelo *ius civile*, era a de que não se era necessário instituir-lhes ou deserdar-lhes pois não eram *sui heredes*. Entretanto, pelo direito pretoriano (*ius honorarium*), era exigido que os deserdassem, expressamente no caso de homens, ou também *inter ceteros*, no caso de mulheres, sob pena de concessão de *bonorum possessio contra tabulas*.

A violação de tal regra, quanto aos filhos homens, invalidava, por si, todo o testamento,<sup>42</sup> ao passo que, quanto aos outros descendentes, trazia como consequência a sua participação na herança: em concorrência com os *sui* instituídos, no limite de suas respectivas quotas na sucessão *ab intestato*; e em concorrência com os *heredes extranei* – isto é, herdeiros “estranhos”, instituídos que não se enquadravam dentre os *sui heredes* – na metade da quota atribuída a estes.<sup>43</sup>

Gaio<sup>44</sup> informa, ainda, a existência de controvérsia entre sabinianos e proculianos acerca da permanência de tal nulidade mesmo nos casos em que o filho preterido viesse a óbito antes do testador: para os primeiros, a nulidade subsistia; ao passo que para os últimos, sob a égide da máxima *mors omnia soluit*, defendiam que a preterição de filho falecido era inócua e não tinha, pois, o condão de eivar de nulidade as disposições testamentárias. A posição prevalecente, neste ponto, tanto no direito clássico,<sup>45</sup> quanto no regramento de Justiniano,<sup>46</sup> foi a da primeira escola.<sup>47</sup>

---

38 Cf., dentre outros, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, p. 756. Eventualmente, esta regra foi atenuada, sobretudo por meio da ação pretoriana de conceder a *bonorum possessio secundum tabulas* a herdeiros instituídos por testamento nos quais não se tenha utilizado as fórmulas em questão, ou houvesse sido escrito em grego, por exemplo, até a positivação por constituição imperial de Constantino I, que rendeu válidas quaisquer palavras, em qualquer lugar do testamento. Nesse sentido, cf., dentre outros, M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 385, e C. 6, 23, 15.

39 Gaio (Gai. 2, 126 -127) afirma que, pelo *ius civile*, esta era a regra, mas que, no *ius honorarium*, era exigido pelos pretores que também os netos filhos de filhos homens do testador fossem deserdados nominalmente, sob pena de concessão de *bonorum possessio contra tabulas*. No caso de deserdação *inter ceteros*, como já se viu, a *lex Iulia Vellaea* determinava como condição de sua validade que o testador deixasse aos *sui* assim deserdados algum legado (G. 2, 134).

40 G. 2, 130.

41 G. 2, 133-134.

42 G. 2, 123.

43 G. 2, 124; e G. 2, 128.

44 Inst. 2, 123; e 2, 124.

45 Paul. 1 *ad Sab.* D. 28, 2, 7.

46 Inst. 2, 13, pr.

47 Cf., dentre outros, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 756.

Por fim, a última regra a ser observada no campo das deserdações era que fossem atinentes a toda a herança, sendo vedada a deserdação ou, reflexamente, instituição de herdeiro a título singular.

Não que fosse desconhecida da prática romana a *heredis institutio ex re certa*, pelo contrário, confrontados com tais casos, os juristas clássicos desenvolveram expediente interpretativo consistente na simples e deliberada ignorância do objeto certo atribuído ao herdeiro.

Destarte, em casos de instituição de herdeiro a título singular, considerava-se regularmente instituído o herdeiro a título universal, como se inexistisse a delimitação expressa em testamento.<sup>48</sup>

Assim, observa-se, por meio de tais regras, uma primeira chancela – precária e decorrente, como se viu, de violação de regras formais – ao interesse dos herdeiros (*sui heredes*) do falecido, contra seus próprios desígnios individuais.<sup>49</sup>

Portanto, por mais que se revista de caráter formal, não impeça substantivamente as disposições do *pater* – constituindo assim um mecanismo de controle repressivo e não preventivo de eventuais abusos – e nem tampouco consista em qualquer barreira de conteúdo material à liberdade testamentária, as regras atinentes à deserdação, ao combaterem a preterição, podem sim ser vistas – e à luz do apresentado, de fato o são – como primeiras proteções aos interesses dos *sui heredes*, e, por conseguinte, primeiras barreiras à praticamente irrestrita liberdade de testar no Direito Romano.

## **A bonorum possessio**

Muitos autores<sup>50</sup> defendem que o surgimento da *querela inofficiosi testamenti* está diretamente atrelado ao instituto da *bonorum possessio* (“posse dos bens”), sobre o qual se faz mister tecer algumas considerações.

De início, cumpre observar que, diferentemente do item anterior, não se trata, aqui, de restrição à liberdade testamentária: a *bonorum possessio* consiste na “imissão dos bens hereditários ordenada pelo pretor, em favor dos que tenham título civil à *hereditas*, ou, sem tal título, estejam porém ligados ao morto por vínculos de parentesco diverso da *agnatio* ou da *gentilitas*, e, todavia merecedores da tutela; ou ainda, em favor dos que o *de cuius* tenha querido manifestamente instituir herdeiros, mas por uma forma civilmente insuficiente.”<sup>51</sup>

48 Nesse sentido, cf., dentre outros, A CORRÊA, G. SCIASCIA, *Manual*, cit., p. 234. Cf., ainda, Lic. 2 *Reg. D.* 28, 5, 75 (74); Ulp. 1 *ad Sab. D.* 28, 5, 1, 4; e Pap. 6 *Resp. D.* 28, 6, 41, 8.

49 Obviamente que trata-se de proteção excepcional e demasiadamente específica; entretanto, como afirma J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 758, apoiado em fragmento de Paulo (Paul. 2 *ad Sab. D.* 28, 2, 11), “(...) de início, havia ampla liberdade para testar, mas como os romanos (e os textos o demonstram) consideravam ainda em vida do *pater familias*, como se fossem condôminos do patrimônio familiar, surgiram as formalidades necessárias à deserdação a fim de que servissem de freio a essa liberdade de testar do *pater familias*, pois, estando ele obrigado a aludir expressamente no testamento à deserdação, possivelmente ponderaria mais - do que faria se bastasse a simples omissão dos *sui* - antes de tomar resolução de tal gravidade.”

50 Dentre eles, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 547, e A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., pp. 450-452

51 A. CORREA, G. SCIASCIA, *Manual*, cit., p. 241.

Ocorre após a morte do causante, por iniciativa dos herdeiros, e, em alguns casos, como se verá, até mesmo na ausência de testamento.

Trata-se, por conseguinte, de elemento tipicamente do direito pretoriano, de sorte que, assim como ocorre com a propriedade, no direito das coisas, a *bonorum possessio* conferida pelo pretor não tem o condão – ao menos não formalmente – de transformar o seu receptor em herdeiro, mas o coloca “no lugar de um herdeiro” (*loco heredum constituuntur*).<sup>52</sup>

Entretanto, isto não significa dizer que o *bonorum possessor* era destituído de proteção sucessória: pelo contrário, da mesma forma que no direito das coisas, o titular da *bonorum possessio* tinha a sua disposição o *interdictum quorum bonorum*, cujo funcionamento se assemelhava ao interdito restitutivo para chancela da posse.<sup>53</sup>

A origem desta figura jurídica do *ius honorarium* – geralmente considerada como ocorrida ao final da Era Republicana – é controversa: alguns autores afirmam que surgiu em decorrência do processo de identificação de quem deveria ser demandado na ação de petição de herança (*actio hereditatis petitio*),<sup>54</sup> ao passo que outros,<sup>55</sup> por sua vez, consideram tratar-se de uma medida pretoriana para forçar a aceitação da herança e assim prevenir o estado de jacência prolongado.

Em todo caso, é de se notar a variedade típica da *bonorum possessio* concedida com base sobretudo em dois fatores: o primeiro deles, a posição da atividade pretoriana frente ao *ius civile*; e o segundo, a posição da atividade pretoriana frente ao testamento, se existente, ou à sucessão *ab intestato*.

A atividade pretoriana frente ao direito quiritário pode se dar de modo a confirmá-lo (*iuris ciuillis confirmandi gratia*), a suprir lacunas por ele deixadas (*iuris ciuillis supplendi gratia*), e mesmo a contrariá-lo (*iuris ciuillis emendandi uel corrigendi uel impugnandi gratia*).<sup>56</sup>

Na primeira hipótese, o mote é, essencialmente, ratificar um *status* já conferido pelo direito quiritário: assim, por exemplo, ocorre quando o pretor identifica um herdeiro e a ele defere a *bonorum possessio* com o fito de garantir sua posição jurídica.

Na segunda hipótese, o pretor age de modo a suprir lacunas do *ius civile*, por exemplo, quando os herdeiros contemplados no testamento são pré-mortos, e o magistrado concede a *bonorum possessio* a herdeiros de outras classes.

---

52 Gai. 3, 32.

53 De acordo com A. GUARINO, (*Diritto privato*, cit., p. 244), trata-se de “*interdetto restitutorio inteso a riottenere la detenzione dei bona nei confronti de chi se ne fosse impossessato.*”

54 Cf., dentre outros, P. BONFANTE, *Corso*, v. 6, cit., pp. 512-514, M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 370, e M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 673.

55 Cf., dentre outros, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 712, e, sobretudo, B. W. LEIST, *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, Göttingen, Bandenhoed und Ruprecht, 1844, *passim*. O posicionamento do jurista alemão é especificamente criticado por P. BONFANTE, *Corso*, v. 6, cit., p. 515-516, que afirma não encontrar tal tese qualquer suporte nas fontes, bem como ir de encontro à evolução histórica do instituto da *bonorum possessio*.

56 Cf., dentre outros, J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 712; e M. KASER, *Römisches privatrecht*, p. 370.

Por último, é o caso, em geral, de iniquidades resultantes da fria aplicação do *ius ciuile* que o pretor corrige por meio de sua atuação, como, por exemplo, quando os filhos emancipados do *de cuius* não são chamados a suceder, lhes era geralmente concedida a *bonorum possessio*.

Quanto à *bonorum possessio* frente aos testamentos, pode-se identificar duas espécies: *contra tabulas* e *secundum tabulas*.

A *bonorum possessio contra tabulas*, isto é, contra as disposições testamentárias, é deferida, geralmente, em caso de nulidade ou iniquidade do testamento – assim ocorrendo, por exemplo, nos casos de deserdação imotivada de um dos filhos.

Já a *bonorum possessio secundum tabulas* tem por mote garantir ou facilitar o cumprimento das disposições testamentárias – este o caso, por exemplo, de qualquer herdeiro que apresentar ao pretor testamento válido em que é nomeado herdeiro.

A *bonorum possessio intestati*, por fim, referia-se aos casos quando não existisse testamento.

O procedimento da *bonorum possessio* se dava conforme o caso em que era empregada, conforme se viu acima.

Normalmente, o edito pretoriano previa quatro classes ou ordens sucessórias, a saber: *unde liberi*, compostos pelos *sui heredes* (em geral, os filhos), em igualdade de condições; *unde legitimi*, compostos pelos integrantes da classe *unde liberi*, acrescidos dos *proximi agnati* (parentes próximos pela linha masculina-paterna, usualmente irmãos, tios e primos), e, em tempos mais antigos, os *gentiles* (membros da mesma família extensa – *gens*); *unde cognati*, que por sua vez abarcava todos os parentes consanguíneos (de linha paterna ou materna) até o 6º grau; e *unde vir et uxor*, caso houvesse cônjuge supérstite do causante.<sup>57</sup>

Observa-se que a ordem de chamamento à sucessão obedecia à chamada *successio ordinum et graduum*, isto é, as classes mais elevadas preferem as seguintes, e, dentro das classes, os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais remoto, respeitando-se as regras gerais de sucessão por cabeça e estirpe.

Assim, uma vez aberta a sucessão, abria-se prazo de cem dias para que eventual interessado da primeira classe requeresse ao pretor a concessão da *bonorum possessio* conforme seu direito,<sup>58</sup> e, em não o fazendo, abria-se igual prazo para as seguintes, e assim sucessivamente. O magistrado, por sua vez, no exame das alegações poderia deferir ou não a *bonorum possessio*, nas formas vistas acima, com base nas circunstâncias de cada caso.

Uma vez concedida a *bonorum possessio*, o exercício de seu direito poderia variar conforme a *bonorum possessio* fosse concedida *cum re* ou *sine re*.<sup>59</sup>

57 Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., pp. 746-747.

58 Ulp. 49 *ad Ed. D.* 38, 9, 1, 8-10.

59 Nesse sentido, cf. P. BONFANTE, *Corso*, v. 6, p. 517.

A *bonorum possessio sine re* conferia a seu titular a proteção de seu direito contra todos, à exceção dos herdeiros civis (*sui heredes*) que já estivessem em posse da herança, ou a pleiteassem via *actio hereditatis petitio*.

A *bonorum possessio cum re*, por sua vez, garantia a seu titular a proteção também em face dos herdeiros quirritários, os quais, estando em posse da herança, eram obrigados a restituí-la ao *bonorum possessor* por meio do *interdictum quorum bonorum*, ou, caso movessem a *hereditatis petitio*, poderiam ser confrontados por uma *exceptio doli* garantida pelo pretor a estes últimos.

A *bonorum possessio sine re* era a regra geral, uma vez que sua contraparte somente poderia ser deferida à classe dos herdeiros *unde legitimi*. Entretanto, não por acaso, conforme assevera Guarino,<sup>60</sup> esta última era a mais utilizada no período clássico, haja vista o seu maior potencial de efetividade.

O fundamento, entretanto, do reconhecimento da *bonorum possessio* como precursora da *querela inofficiosi testamenti* está na *bonorum possessio contra tabulas* concedida pelo pretor nos casos em que o testador preteriu um filho, ou o deserdou sem motivo justo, caso em que o pretor, ao conceder a *bonorum possessio* considerava nulo o testamento, efetivamente substituindo, por meio de sua atuação, as disposições tabulares.

Neste sentir, é o que se extrai do comentário de Ulpiano ao Edito do Pretor:

Ulp. 44 ad Ed. D. 38, 6, 1, 9.

*Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat praeteritus, emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi tueri debet praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.* Se um filho emancipado for deserdado, mas um <filho> sob o <pátrio> poder for preterido, e o emancipado pedir a *bonorum possessio unde liberi*, o pretor deve protegê-lo até a metade <da herança>, da mesma maneira como se o pai não tivesse deixado testamento.<sup>61</sup>

Assim, ainda que seja elemento exclusivo do direito pretoriano, a *bonorum possessio* – especialmente sua modalidade *contra tabulas* – de fato desempenhou papel relevante no surgimento da vindoura *querela inofficiosi testamenti*, cerca de um século após seu surgimento, e mesmo da legítima – estruturada no final do Período Clássico.

E isso porque infiltrou na cultura jurídica romana subsídios de combate a um testamento hígido e válido formalmente pelo *ius civile*, mas cujo teor sofre valoração social negativa refletida na sua iniquidade, que, ao ser considerada pelo pretor, acabava por anular o testamento.

<sup>60</sup> *Diritto privato*, cit., p. 244.

<sup>61</sup> Tradução nossa.

Nesse mister, cumpre observar, por fim, que foi pela *bonorum possessio* que primeiro se falou em legítima, ou *portio debita* (“porção devida”) no Direito Romano: é o que se extrai já das Institutas de Gaio,<sup>62</sup> em que o jurisconsulto informa que no caso de libertos que falecessem sem herdeiros e preterissem seus patronos ou os filhos respectivos em seus testamentos, ou lhes deixassem menos que a metade do patrimônio, o pretor poderia conceder a *bonorum possessio contra tabulas* de modo a anulá-los.

## A Querela Inofficiosi Testamenti

O surgimento do testamento no Direito Romano, ainda no Período Arcaico, ocorre por necessidade social e da economia agrícola de então, e, por consagração da Lei das XII Tábuas, concede-se liberdade praticamente irrestrita aos testadores que, originalmente, deserdam outros filhos para a preservação da propriedade rural e, posteriormente, no âmbito de sua *patria potestas*, como punição por eventuais más condutas e indignidades perpetradas.

Nos fins da República, contudo, a sociedade começa a evidenciar abuso desse direito de deserdar inerente à irrestrita liberdade testamentária, quando os *patres* começam a indiscriminadamente deserdar seus próprios filhos em favor de terceiros.

A reação jurídica, como se traçou até aqui, veio progressivamente por meio de leis esparsas e, no âmbito do *ius honorarium*, pela *bonorum possessio*.

Entretanto, não havia, ainda, um meio específico do direito civil para a tutela de tais transgressões, até que a prática jurídica leva ao surgimento da *querela inofficiosi testamenti*, já na Era Imperial, em meados do século II d.C.<sup>63</sup>

É importante frisar, portanto, que a *querela inofficiosi testamenti* surge como decorrência da prática jurídica forense, a qual, por ser realizada de maneira eminentemente oral, não deixou praticamente nenhum vestígio.

Mesmo as fontes jurídicas são escassas quanto à *querela* dada a sua natureza de construto forense e interpretativo, sendo as principais referências, além de fragmentos do *Digesto*, retiradas também da obra pós-clássica das *Sententiae* de Paulo, e do *Codex Theodosianus*, período em que a *querela* já principiava sua decadência.<sup>64</sup>

A natureza jurídica da *querela inofficiosi testamenti* enquanto ação é controversa,<sup>65</sup>

62 G. 3, 40-41.

63 Acerca do marco temporal originário da *querela*, cf., dentre outros, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 275, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1341, M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 394, S. QUERZOLI, *I testamenta*, cit., p. 21.

64 F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 275 alega que boa parte dos fragmentos do *Corpus Iuris Ciuilis* que versam sobre a *querela inofficiosi testamenti* foram objeto de interpolação pelos compiladores de Justiniano – argumento que deve ser encarado com parcimônia.

65 J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., pp. 760-761 levanta as hipóteses de tratar-se de ação autônoma, posição a que também se filiam A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 451, e M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 768; ou então de “incidente processual” na *actio de hereditatis petitio*, decorrente de fase anterior à própria petição de herança cujo mote seria, por meio da *Legis actio sacramento in personam*, submeter ao Tribunal Centunviral a apreciação da “inoficiosidade” do testamento, posição a que se filiam L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1341, e M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 394.

porém, em todo caso, se reconhece que o “juízo competente” para a apreciação da *querela* era o Tribunal Centunviral.<sup>66</sup>

A competência de tal Corte, assim como sua composição, são, ainda hoje, objeto de debate; contudo, a maior parte<sup>67</sup> dos autores sustenta, ao menos a princípio, uma composição de 105 membros (35 juízes eleitos por cada tribo romana),<sup>68</sup> e uma competência assentada, em geral, sobre matérias sucessórias,<sup>69</sup> cujas atividades jurisdicionais começam, aproximadamente, no III século a.C.,<sup>70</sup> e findam, geralmente, no século III d.C., quando são substituídas pelos magistrados responsáveis pela *cognitio extra ordinem*.<sup>71</sup>

A causa do processo, por sua vez, era o chamado *testamento inoficioso*: trata-se, aqui, de construto forense, por excelência, uma vez que o *ius ciuile*, à época, nada dispunha a respeito sobre tal qualificadora testamentária.<sup>72</sup>

Nesse contexto, os oradores e juízes centunvirais romanos passaram a considerar *inofficiosi* os testamentos que não honravam propriamente para com o *officium pietatis*, isto é, a disciplina da *pietas* aplicada eminentemente à dimensão familiar, e que envolvia prover os familiares com a herança – aspecto, como se viu, socialmente esperado dos causantes.

O expediente jurídico utilizado para chegar-se a tal consideração é considerado de origem eminentemente retórica:<sup>73</sup> os juristas romanos passaram a argumentar que, no momento da feitura do testamento inoficioso, o testador somente poderia ter de tal forma ignorado a *pietas* e agido escandalosamente de modo a não instituir seus familiares como herdeiros, se não estivesse em seu juízo perfeito (*color insaniae*).

---

66 M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 394 sustenta haver gradações na competência centunviral conforme o montante da herança em discussão, sendo que heranças mais modestas obedeceriam ao rito formulário comum. S. QUERZOLI, *I testamenta*, cit., pp. 18-21, por sua vez, sustenta uma ampla competência do Tribunal Centunviral, posição a que se filiam também J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 761, e A. CORRÊA, e G. SCIASCIA, *Manual*, cit., p. 238.

67 Cf., dentre outros, A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, p. 386, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, pp. 198-199, e M. KASER, *Römisches privatrecht*, p. 444.

68 A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 386, e J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 198-199 afirmam que já na época de Trajano, o Tribunal superava os 180 membros. Este último autor, ainda, informa que a Corte era presidida por um *praetor hastarius* - assim chamado pelo fato de nos julgamentos centunvirais ser afixada uma lança (*hasta*), conforme nos informa Gaio (Gai. 4, 16) – e que o Tribunal era dividido em seções (*hastae*), cada qual presidida por decênviros, posição subscrita também por M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 444.

69 J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 199 sustenta que os centúnviros eram competentes para julgar qualquer ação real, a escolha das partes, que poderiam também optar pelo *iudex unus*, posição também sustentada por A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 386. M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 444, por sua vez, sustenta que a competência centunviral era, originalmente, do julgamento de causas de grande repercussão social e que, posteriormente, assentou-se na matéria sucessória. Já S. QUERZOLI, *I testamenta*, cit., p. 18-21 alega que a matéria de competência do Tribunal são as ações sucessórias por excelência, e que, posteriormente, a Corte veio a se “especializar” em casos de testamentos inoficiosos.

70 Cf., dentre outros, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., pp. 198-199, e L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1341.

71 Cf., dentre outros, A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 452, e J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 199. L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1343, afirma que os magistrados responsáveis pelo julgamento *extra ordinem* da *querela* seriam, desde a Era Severana, os chamados *septemviri*, em razão de interpretação da fonte D. 5, 2, 31, em que Paulo, em suas *Sententiae*, disserta sobre a *querela* em fragmento intitulado *de septemviri iudicium*.

72 Cf., dentre outros, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 275.

73 Cf., dentre outros, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. LV, cit., p. 209-210, e M. KASER, *Römisches privatrecht*, p. 394.

Sendo a insanidade uma das causas de nulidade dos atos jurídicos no Direito Romano, o testamento passava a ser, portanto, fictamente nulo. É o que se extrai de excertos do Digesto,<sup>74</sup> atribuídos a Marciano<sup>75</sup> e Marcelo.<sup>76</sup>

Ocorreu, também, considerar-se o testamento inoficioso como perpetração de *iniuria* para com os preteridos ou deserdados. Tal é a opinião de Gaio,<sup>77</sup> e de Papiniano (reproduzida por Ulpiano).<sup>78</sup>

Em todo caso, o que é observável, entretanto, é a inexistência de qualquer padrão objetivo para a consideração da “inoficiosidade” do testamento: como construto forense, era a própria Corte quem apreciava, discricionariamente mediante *iudicia bonae fidei*, se o testador, ao deserdar imotivadamente ou mesmo por motivo “fraco”, agiu ou não de maneira “insana”, pautando seu julgamento sobretudo por juízos de comparação e critérios de equidade.<sup>79 80</sup>

No que diz respeito ao *quantum* da herança a ser considerado para efeitos de deserdação, também, a princípio, decidia o Tribunal com base na equidade,<sup>81</sup> contudo, a prática jurídica levou, com o tempo, à fixação de uma *quota indisponível do patrimônio*, a qual, por influência da *lex Falcidia* (aplicável, em princípio, apenas aos legados), correspondia a um quarto do patrimônio do *de cuius*,<sup>82</sup> estendendo-se, a partir daí, a chamada *quarta falcidia* também às instituições de herdeiros em prejuízo dos *sui heredes*.<sup>83</sup>

Assim, deserdando o testamento injustificadamente, ou deixando quota inferior a 1/4 do patrimônio, o ato era passível de impugnação via *querela inofficiosi testamenti*.<sup>84</sup>

A legitimidade para suscitar a *querela* está reflexamente relacionada ao grau sucessório ocupado pelo querelante na sucessão *ab intestato* ou pretoriana.

---

74 Marc. 4 *Inst.* D. 5, 2, 2, e Marcell. 3 *Dig.* D. 5, 2, 5. F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 278 sustenta que tais fragmentos são possivelmente frutos de interpolações realizadas pelos compiladores justinianeus, sob o argumento de que, no período clássico, o tecnicismo jurídico não permitiria a criação de nova figura jurídica por meio de argumentos meramente retóricos.

75 Marc. 4 *Inst.* D. 5, 2, 2.

76 Marcell. 3 *Dig.* D. 5, 2, 5.

77 Gai. *Lib. Sing. ad Leg. Glit.* D. 5, 2, 4.

78 Ulp. 14 *ad Ed.* D. 5, 2, 8, pr.

79 Cf., dentre outros, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1341, e M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 395.

80 M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 394 destaca a natureza eminentemente constitutiva do pronunciamento judicial que reconhecia o testamento inoficioso, e oferece até mesmo indícios de uma presunção relativa do ato: era dever do alegante provar, em juízo, a violação do *officium pietatis*, sendo o testamento, até então, perfeitamente válido.

81 Cf., dentre outros, F.C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. LV, cit., p. 202.

82 Cf., dentre outros, J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 761. Justiniano, na Novela 18, escalonou a quota indisponível em função do número de filhos, o que se verá mais adiante.

83 Antonino Pio, por constituição imperial, dispôs que menores impúberes ad-rogados teriam direito à quarta parte da herança de seu *adrogator* nos casos de deserdação injustificada ou mesmo de emancipação injustificada, porção patrimonial que ficou conhecida como *quarta antonina* ou *quarta divi pii*. Tal se dá em razão de que se um impúbere ad-rogado for emancipado, não comporá nem a classe dos *sui heredes*, para fins de sucessão *ab intestato*, nem tampouco a classe dos *liberi*, para fins da *bonorum possessio* e ambas, para a *querela inofficiosi testamenti*. Assim, com a constituição de Antonino, tais filhos não se quedarão mais desguarnecidos. Neste sentido, cf., dentre outros, A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 664; e M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 396.

84 É importante notar-se, contudo, que a *quarta falcidica* foi, com o tempo, reconhecida como preenchível por outros quinhões patrimoniais que não a herança: nela poderiam integrar-se legados e, por força de uma constituição imperial de Zenão I, também a *donatio propter nuptias* e o dote (C. 3, 28,29).

Reconhece-se originalmente legitimidade ativa dos descendentes e dos ascendentes, sucessivamente. A legitimidade dos irmãos - que tenham pai comum com o testador - somente foi conferida por uma constituição imperial de Constantino I, somente no caso de ter-lhes sido preferida, via testamento, *persona turpis*.<sup>85</sup>

Ulpiano, por fim, consigna que, além dos descendentes, ascendentes, e irmãos do *de cuius*, mais nenhum parente, independente de grau tem direito a pleitear a *querela*.<sup>86</sup>

Importante frisar-se, também, que era negado o direito de ação àqueles herdeiros que já haviam recebido, a qualquer título - via doações *mortis causae*, legados, fideicomissos, dentre outros - o quinhão a que tinham direito.<sup>87</sup>

Não é legitimado, da mesma forma, o herdeiro que reconhecer, tácita ou expressamente, a validade das disposições do testamento antes de propor a *querela*: neste caso, seria garantida ao herdeiro testamentário uma *exceptio*.<sup>88</sup>

O prazo para ingresso com a ação seria de cinco anos desde a aquisição da herança pelos herdeiros instituídos,<sup>89</sup> e, via de regra, ela seria intransmissível aos herdeiros dos legitimados ativamente.

Os legitimados passivamente na *querela* são, por óbvio, os herdeiros nomeados pelo testamento atacado. Entretanto, posteriormente, admitiu-se também<sup>90</sup> o fideicomissário universal a quem a herança haja sido restituída,<sup>91</sup> o *bonorum possessor contra tabulas*,<sup>92</sup> e mesmo o Fisco,<sup>93</sup> nos casos em que viesse a adquirir os bens do herdeiro instituído.

Os efeitos da declaração de inoficiosidade do testamento encontram divergência entre os próprios juristas romanos, sobretudo no que concerne à eficácia rescisória de uma “sentença de procedência” obtida pelo querelante.<sup>94</sup>

De um lado, situam-se aqueles para quem a declaração de que o testamento era inoficioso, à luz do princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, comprometia todo o testamento, anulando-o e, por conseguinte, abrindo-se a sucessão *ab intestato*.

Nas fontes romanas, o principal apoiador de tal posição é Paulo,<sup>95</sup> juntamente com Modestino,<sup>96</sup> e Cévola,<sup>97</sup> para quem o fundamento da inoficiosidade é nada menos que a insanidade presumida do *de cuius* no momento da elaboração do testamento, o que, por

85 CTh. 2, 19, 1-3, C. 3, 28, 27. Cf., dentre outros, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit.,p. 1346.

86 Ulp. 14 *ad Ed.* D. 5, 2, 1.

87 Cf., dentre outros, M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 396. Daí também a afirmação de A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 452, de que os herdeiros instituídos tinham todo o interesse em saldar “extrajudicialmente” a *quarta falcidica* perante os herdeiros preteridos, antes de qualquer medida judicial.

88 Cf., dentre outros, M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit.,p. 395.

89 Mod. *Lib. Sing. de Inoff. Test.* D. 5, 2, 9.

90 Cf., dentre outros, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit.,p. 1343.

91 C. 3, 28, 1.

92 Pap. 2 *Resp.* D. 5, 2, 16, 1.

93 C. 3, 28, 10.

94 Cf., dentre outros, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit.,p. 1343.

95 Cf. Scaev. 3 *Resp.* D.5, 2, 13; Paul. 2 *Quaest.* D. 5, 2, 17, pr.-1; Paul. 2 *Quaest.* D. 5, 2, 19; e Paul. *Lib. Sing. de Inoff. Test.* D. 5, 2, 23, 2.

96 Cf. Mod. *Lib. Sing. De Inoff. Test.* D. 5, 2, 9.

97 Cf. Scaev. 3 *Resp.* D. 5, 2, 13, e Pomp. 1 *Fideicomm.* D. 32, 1, 36.

sua vez, negar-lhe-ia capacidade para fazer testamento (*testamentifactio ativa*), a eivar, portanto, de nulidade, todo o ato jurídico.<sup>98</sup>

Paulo é, inclusive, taxativo ao afirmar que “quando um testamento é julgado inoficioso, se entende que o defunto não possuía capacidade para fazer testamento” (*Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisset defunctus non creditur*).<sup>99</sup>

Entretanto, de outro lado, haviam aqueles para quem os efeitos da declaração de inoficiosidade do testamento se davam *pro parte*, isto é, o testamento era invalidado em benefício do querelante, mantendo-se, no máximo possível, intactas as disposições do testador, em flagrante atentado ao brocardo *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, mas, ao mesmo tempo, em consonância com o *fauor testamenti*.<sup>100</sup>

Nas fontes, os principais defensores desta posição são Papiniano,<sup>101</sup> e Ulpiano,<sup>102</sup> para quem a tônica da inoficiosidade do testamento não era propriamente a insanidade presumida do *de cuius* no momento da sua confecção, mas sim a *iniuria* por ele perpetrada contra seus herdeiros preteridos, a qual, uma vez sanada pela procedência da *querela inofficiosi testamenti*, não haveria de comprometer desnecessariamente todo o testamento.<sup>103</sup>

Destarte, em se considerando individualmente os herdeiros preteridos frente ao testamento, duas questões se colocam: primeiramente, todas as partes interessadas – assim entendidos os *liberi* preteridos ou injustificadamente deserdados no testamento – passariam a ter o dever de entrar com a *querela* para fazer garantir seu direito, sob pena de preclusão.

Em segundo lugar, nos casos de preclusão, ou mesmo de improcedência do pedido de demais partes que seriam beneficiadas pela sucessão intestada, beneficiária não aos demais vitoriosos na *querela*, mas sim, aos herdeiros testamentários, uma vez que procurava-se preservar ao máximo as disposições do morto.

Tal divergência de opiniões entre os juristas não é inócua ou meramente teórica, mas possui implicações práticas sobretudo quanto às disposições testamentárias não relativas à herança (legados, fideicomissos, manumissões, nomeações de tutor, dentre outros).<sup>104</sup>

---

98 A posição de Paulo é endossada também por juristas modernos, como, dentre outros, A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 452; B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 747; e J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, p. 762.

99 Paul. 2 *Quaest.* D. 5, 2, 17, 1. Tradução nossa.

100 Em Ulp. 48 *ad Sab.* D. 5, 2, 24, Ulpiano afirma categoricamente a possibilidade de se falecer *pro parte testatus pro parte intestatus* no caso em questão.

101 Cf. Pap. 14 *Quaest.* D. 5, 2, 15; Pap. 2 *Resp.* D. 5, 2, 16, pr.; Pap. 7 *Resp.* D. 31, 76.

102 Cf. Ulp. 48 *ad Sab.* D. 5, 2, 24.

103 Cf., dentre outros, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1344. A posição de Ulpiano e Papiniano é apoiada, dentre os juristas modernos como, dentre outros, por M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 396; e M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 770.

104 É importante repisar-se, no entanto, que, sobretudo no caso de legados e fideicomissos, as disposições estritas da *lex Falcidia* e dos *Senatusconsulta Trebellianus* e *Pegasianus* quanto à sua instituição ainda remanesciam em vigor, devendo ser observadas pelos testadores, e, também, pelos julgadores do caso.

Adotando-se o ponto defendido por Paulo, os legados, por exemplo, estariam automaticamente rescindidos, uma vez que se anulava o testamento como um todo.<sup>105</sup>

Na visão de Papiniano e Ulpiano, contudo, a situação era mais complexa: tais disposições testamentárias subsistiriam na medida em que se mantivessem parcialmente as disposições do *de cujus*.

Assim, os herdeiros contemplados com a procedência da *querela inofficiosi testamenti* nada deviam quanto a tais disposições, sobretudo no que tange aos legados – mesmo aqueles deixados por apropriação antecipada (*per praeceptionem*) – devidos, portanto, proporcionalmente, na medida do que subsistiu do testamento após a *querela*.<sup>106</sup>

No caso específico das manumissões, consideravam-se excepcionalmente mantidas, mesmo que afetassem a parte dos querelantes, sob o fundamento da impossibilidade de qualquer escravo de ser “meio liberto”.<sup>107</sup>

A tutela jurídica dos interesses ínsitos aos legatários, fideicomissários, e escravos libertos via *manumissio testamenti* foi tônica marcante da atividade dos Imperadores via constituições imperiais a partir do advento e da difusão da *querela*.<sup>108</sup>

Antonino Pio protegeu os legatários e libertos nos casos de conluio entre herdeiros instituídos e querelantes, dando-lhes possibilidade de apelar da sentença que declarou a inoficiosidade, a partir do momento em que aparente o conluio.<sup>109</sup>

Marco Aurélio e Lúcio Vero, no mesmo norte, estabeleceram que nos casos em que a sentença de procedência quanto à inoficiosidade se der por meio do silêncio ou ausência do herdeiro instituído, as disposições quanto a legados, fideicomissos e manumissões ficam mantidas, contando seus titulares com direito de ação exercitável contra a parte vencedora na *querela*.<sup>110</sup>

Dirimindo o contraponto entre os juristas, uma constituição imperial de Gordiano III<sup>111</sup> adota o ponto de vista de Papiniano, ao estabelecer que, na hipótese de pelo menos um herdeiro instituído vencer a *querela*, abre-se a sucessão *ab intestato* somente nos limites em que o testamento é reconhecido inoficioso, mantendo-se os legados e fideicomissos proporcionalmente na parte testada, e mantendo-se as manumissões em geral.

No que concerne, por seu turno, à improcedência total da *querela inofficiosi testamenti*, pouco se tem notícia: Moreira Alves<sup>112</sup> conjecturalmente sustenta que o herdeiro preterido que perdesse um pleito perante os centúviro seria condenado automaticamente à pena de indignidade.

---

105 Nesse sentido, cf. Scaev. 3 *Resp. D.* 5, 2, 13; Paul. *Lib. Sing. de Sept. Iud.* D. 5, 2, 28; e Apud Scaev. 18 *Dig. Claud. Not. D.* 32, 36.

106 Cf., dentre outros, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1344; e M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 770-771.

107 Cf. Pap. 7 *Resp. D.* 31, 76, pr.; Pap. 6 *Resp. D.* 37, 7, 6; e Pap. 11 *Resp. D.* 44, 2, 29, pr.

108 Cf., dentre outros, L. DI LELLA, *Successione necessaria*, cit., p. 1345.

109 Ulp. 14 *ad Ed. D.* 49, 1, 14, pr.

110 Ulp. 14 *ad Ed. D.* 49, 1, 14, 1.

111 C. 3, 28, 13.

112 *Direito Romano*, cit., p. 762.

Por fim, deve-se observar que a *querela* seria instrumento jurídico completamente inócuo se a celebração de negócios jurídicos *inter vivos* – fora, portanto, de seu alcance jurisdicional – frustrasse a declaração de inoficiosidade do testamento, esvaziando, por outros meios e antes mesmo da abertura da sucessão, o conteúdo da herança.

Como combate a tais práticas – possíveis, assim como no testamento, via negócios jurídicos gratuitos – a *querela inofficiosi testamenti* inspirou a criação por constituições imperiais de, respectivamente, Diocleciano, e Constâncio II, da *querela inofficiosi donationis*<sup>113</sup> e a *querela inofficiosi dotis*,<sup>114</sup> cujo processamento era análogo a sua contraparte do direito sucessório: os interessados poderiam impugnar o negócio, anulando-o até o limite da *quarta falcidica*.<sup>115</sup>

Conclui-se, portanto, que a *querela inofficiosi testamenti* foi figura jurídica pioneira e essencial para originar o que hoje pode ser designado como “legítima”, ou “reserva hereditária”: a fixação da *quarta falcidia* como critério objetivo e limite mínimo a ser observado pelas disposições testamentárias também em sede de instituição de herdeiro estranho à classe dos *liberi* ou *sui heredes* – ainda que inicialmente o controle jurisdicional fosse exercido única e exclusivamente em caráter repressivo – é instrumento inegável e evidentemente precursor da reserva legítimária (*portio debita* ou *portio legitima*).

Mais ainda, a *querela* é responsável por trazer ao *ius civile* tal preocupação com o direito dos herdeiros “naturais” – e doravante passíveis de classificação como “legítimos” ou “necessários” – até então inexistente, como medida de evolução do próprio Direito Romano, que se desloca, ainda de maneira incipiente, do individualismo e poderio ínsitos ao *paterfamilias* para a atenção de desígnios revestidos de preocupação social como o direito de herança dos filhos.

## A legítima entre o direito clássico e o regramento de Justiniano

Como se viu, o surgimento da legítima no Direito Romano não se deu de maneira positiva, mas sim, por meio da reiterada atuação do Tribunal Centunviral que, valendo-se de analogia com a porção reservada pela *lex Falcidia* no tocante a legados, acabou por fixar uma *portio debita* a ser respeitada pelo testador em face de seus *sui heredes* consistente em um quarto do patrimônio.

Assim, não há como precisar-se com exatidão o marco temporal em que surge tal figura jurídica, embora costume fixar-se seu surgimento com o advento e difusão da *querela inofficiosi testamenti*, o que ocorre em meados do século II d.C.

113 C. 3, 29, 5; C. 3, 29, 7; e C. 3, 29, 8

114 C. 3, 30, 1.

115 A única peculiaridade nestes casos - além de não se tratar de ato perpetrado por pessoa falecida - é que o procedimento se desenrolava somente via *cognitio extra ordinem*, não sendo o Tribunal Centunviral - para muitos já inexistente à data - competente para a apreciação de tais matérias. Nesse sentido, cf., dentre outros, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 761.

Contudo, não se pode falar que a reserva patrimonial oponível às disposições testamentárias em favor de herdeiros “necessários” era desconhecida dos romanos até então.

Por mais que a *quarta falcidia* tenha se aplicado aos cidadãos romanos em geral a partir do século II, o Direito clássico já consagrava uma *portio debita* em favor dos patronos e suas famílias,<sup>116</sup> no caso específico de testamentos elaborados por libertos, como decorrência dos deveres por eles detidos na relação de patronato.

Gaio<sup>117</sup> nos informa que, pela Lei das XII Tábuas, a posição do patrono na linha sucessória de seu liberto era desvantajosa, por herdar somente *ab intestato* e na ausência de prole natural do *de cuius*. No mesmo fragmento, o jurisconsulto aduz que era lícito ao liberto instituir herdeiros não-naturais via testamento (como filhos adotivos ou a *uxor in manu*), os quais gozariam de precedência sobre os patronos.

Assim, é nesse sentido que o *ius honorarium*, desde meados da República, passou a consagrar que o liberto deveria deixar em favor do patrono metade (*partem dimidiam*) de seu patrimônio, na ausência de prole natural, ou se elaborasse testamento; e, mais, ainda que tivesse prole natural, o liberto deveria deserdar expressamente o patrono, tudo isso sob pena de ser concedida, pelo pretor, ao patrono preterido a *bonorum possessio contra tabulas*, seja quanto à totalidade da herança (em casos de preterição total do patrono pelo liberto), seja para suprir a quota a que tem direito (no caso de disposição testamentária insuficiente em favor do patrono).<sup>118</sup>

Posteriormente, já no reinado de Augusto, a *lex Papia Poppaea* traz uma maior proteção aos patronos: nos casos de heranças cujo valor totalizasse o *quantum* de cem mil sestércios ou mais, o patrono herdaria concorrentemente com os filhos do liberto, nos termos da sucessão *ab intestato*.

Assim, se o liberto deixasse um filho, o patrono teria direito a metade da herança; no caso de dois filhos, a um terço. Se houvessem três filhos legitimados a herdar, somente então o patrono estaria excluído da sucessão.<sup>119</sup>

No caso de libertas, até o advento da *lex Papia Poppaea* inexistia a prescrição legal de patrimônio a ser reservado aos patronos em razão de serem eles tutores necessários daquelas, de sorte que, conforme avalia Gaio,<sup>120</sup> a sanção patronal ao testamento somente seria dada se o tutor verificasse ter sido beneficiado no testamento, ou, se o desse em seu próprio prejuízo, presumidamente teria concordado com tal disposição. No caso de sucessão *ab intestato*, o patrono e sua família prevaleciam sobre quaisquer outros herdeiros naturais da liberta.

---

116 No caso, o direito em tela era transmissível apenas a filhos homens e netos e bisnetos com parentesco agnático com o patrono (Gai. 3, 45). A *lex Papia Poppaea*, posteriormente, estendeu tal direito às filhas de patronos, com a condição de que fossem mães de 3 filhos (de qualquer sexo) ou mais (Gai. 3, 46).

117 Gai. 3, 40.

118 Gai. 3, 41.

119 Gai. 3, 42.

120 Gai. 3, 43.

Pela *lex Papia Poppaea*, passou-se a dispensar a tutela patronal no caso de libertas que tivessem quatro ou mais filhos. Nestes casos, para cancelar o direito dos patronos, a lei os instituiu como herdeiros concorrentes aos filhos da liberta, independentemente da quantidade.<sup>121</sup>

É interessante, portanto, observar-se que figuras tão parecidas – e com resultado útil praticamente idêntico – diferissem no tempo de seu surgimento e em seu fundamento de existência: a legítima, surgida somente ao final do Principado, derivava dos construtos forenses da *querela inofficiosi testamenti* e da *quarta falcidia*, e fundamentava-se em figuras de jaez eminentemente retórico e filosófico-social, como o *color insaniae* e o *officium pietatis*. Já a *portio debita* patronal é, como se viu, figura antiga, datada da República clássica, e se baseava nos seculares deveres detidos pelos libertos para com seus patronos e as famílias respectivas.

É mister que se ressalte, também, que a *lex Papia Poppaea* deu aos patronos mecanismo de proteção jurídica que os *sui heredes* preteridos não tinham: a tutela, por ação própria, da mera suplementação da quota a que tinham direito.

Isto é, até meados do século IV d.C., o *sui heres* que recebesse por testamento quantia inferior à *quarta falcidica* a que fazia jus, tinha a sua disposição somente o mecanismo jurídico da *querela inofficiosi testamenti*, o qual, como se viu possuía trâmite demorado e requeria alto dispêndio no tribunal para provar-se a insanidade do testador e a injustiça da preterição parcial sofrida pelo *heres*, além de toda a problemática envolvendo a eficácia rescisória da *querela*.

Os patronos que se encontrassem na mesma situação, entretanto, tinham a sua disposição tanto a *hereditatis petitio* garantida nos moldes da *lex Papia Poppaea*, quanto a *bonorum possessio contra tabulas* garantida pelo pretor, que poderiam ser utilizadas apenas para suplementar a quota herdada até o limite a que tinham direito, sem os percalços probatórios da *querela inofficiosi testamenti* e sem o risco, também, de anular-se o testamento do liberto.

É nesse sentido que, por constituição imperial de 361 d.C., o Imperador Constâncio II<sup>122</sup> criou a *actio ad supplendam legitimam*, por meio da qual o testador poderia apor no testamento cláusula que obrigasse aos outros herdeiros suplementar a quota daquele parcialmente preterido até o limite a que eventualmente teria direito.

Assim, presente tal cláusula, o herdeiro preterido apenas em parte no testamento passava a carecer da titularidade da *querela inofficiosi testamenti*, detendo, para a chancela de seu direito, ação própria – situação mantida e expandida, como se verá, por Justiniano.<sup>123</sup>

121 Gai. 3, 44.

122 C.Th. 2, 19, 4. Esta constituição imperial expressamente institui, também, o dever de contemplação da *quarta falcidica* pelo testador, positivando, portanto, pela primeira vez, o *quantum* da legítima no Direito Romano em um quarto da herança. Nesses termos, a legítima deixava de ser um limite ao exercício da *querela inofficiosi testamenti*, para tornar-se objeto de um verdadeiro direito titularizado pelos *sui heredes* do causante. Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 519. 123 Cf., dentre outros, M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 396; e P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., p. 615.

Tal cláusula via utilidade de aplicação sobretudo no caso de herdeiros não nascidos, e seu propósito da criação da *actio ad supplendam legitimam*, mais do que criar um mecanismo mais eficiente para o *suus heres* parcialmente preterido era, no entanto, outro: evitar que o herdeiro se aproveite de um erro de cálculo ou de incerteza do testador e procedesse à anulação de todo o testamento. Nesse sentido, se fazia necessário que o testador, ao dispor sobre a legítima, houvesse procedido *boni viri arbitratu*, e, instituindo a cláusula de suplementação, conseqüentemente, fazia com que o herdeiro perdesse o direito à *querela* e seu potencial rescisório do testamento.<sup>124</sup>

## A legítima no direito justiniano: a disciplina das Novelas 18 e 115

Por mais que já se encontrasse amplamente em aplicação no bojo do Direito Romano pós-clássico, a *querela inofficiosi testamenti* e a legítima ainda tinham, em seu regramento, falhas comprometedoras sobretudo da segurança jurídica, e, por conseguinte, da proteção aos filhos do testador.

Tais falhas podem ser resumidas a dois núcleos fundamentais: o primeiro, a muitas vezes insuficiente *quarta falcidia* no provimento das necessidades familiares dos filhos; o segundo, e mais problemático, a falta de critérios objetivos para declarar-se um testamento como sendo “inoficioso” – o que se agrava ainda mais com a dissolução do Tribunal

Centunviral no final do século III d.C., e a conseqüente aplicação exclusiva da *cognitio extra ordinem à querela inofficiosi testamenti*.

É com o intuito de solucionar tais problemas – e o próprio Imperador assim o menciona no prefácio de cada texto legal – que Justiniano edita, em 536 e 542, respectivamente, as Novelas 18 e 115.

Na Novela 18, Justiniano robustece e fixa a legítima em função do número de filhos do causante: até quatro filhos, a quota indisponível seria igual a um terço do patrimônio hereditário; se mais de quatro filhos, o testador somente poderia dispor da metade.

Inovando ainda mais, o Imperador proíbe a realização de distinções patrimoniais entre os herdeiros legítimos,<sup>125</sup> estabelecendo taxativamente que o terço ou a metade devam ser divididos “entre todos, por igual, seja em qualidade, seja em quantidade” (*per omnia aequum esse in qualitate et in quantitate*), tanto na sucessão universal (herança), como

<sup>124</sup> Cf., dentre outros, B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 747; e M. KASER, *Römisches privatrecht*, cit., p. 396.

<sup>125</sup> A Novela 118, complementada pela Novela 127, estabelece o rol de herdeiros *ab intestato*, solucionando definitivamente a falta de clareza quanto a tal regramento sucessório que se fazia sentir desde o Período Clássico. Assim, herdavam primeiro os descendentes, seguidos dos ascendentes conjuntamente com os irmãos germanos (de mesmos pais) - que excluem, inclusive, os avós - em seguida, os meios-irmãos, e, após, os restantes parentes colaterais obedecendo a regra de que o parente de grau mais próximo exclui o de grau mais remoto. Subsiste, entretanto, a problemática da posição do cônjuge na linha sucessória, uma vez que as Novelas são silentes a seu respeito; deste modo, defende-se a remanescência da *bonorum possessio unde vir et uxor*, após os parentes em linha colateral. A posição desvantajosa do cônjuge na linha sucessória teria sido compensada pela *quarta uxoria*, que não é, como parece sugerir, reserva patrimonial da legítima, mas sim, uma espécie de legado *ex lege*: também conhecida como “quarta da viúva pobre”, tratava-se de legado devido pelo testador à cônjuge supérstite, consistente em um quarto da *hereditas*, sempre que tal viúva fosse, à data do óbito, comprovadamente pobre. Os herdeiros necessários, contudo, conforme o regramento justiniano, eram apenas os descendentes e os ascendentes. Nesse sentido, cf., dentre outros, B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 738; e M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 716.

na sucessão a título singular (legados e fideicomissos); e estabelece a igualdade completa entre descendentes por via masculina e feminina, em termos de proteção sucessória.<sup>126</sup>

Excluídos da regra por força do mesmo diploma normativo estavam os decuriões (*curiales*),<sup>127</sup> os quais estavam obrigados a deixar a seus herdeiros legítimos três quartos de seu patrimônio, reduzindo-se a sua quota disponível a somente um quarto.<sup>128</sup>

No caso de filhos ilegítimos, a Novela estabelece sua capacidade, juntamente com sua mãe - desde que o causante não tenha tido filhos ou esposa legítimos e tenha estabelecido relação de concubinato apenas com uma mulher - para herdar, conjuntamente, *ab intestato* até um sexto do patrimônio. No caso de sucessão testamentária, ao testador era permitido deixar a seus filhos ilegítimos até um doze avos da herança.

Por fim, para que seu propósito não se tornasse inócuo, a Novela 18 ainda proíbe que os testadores instituíam usufrutos em desfavor dos herdeiros legítimos, de sorte que não se orquestre manobras de suprir-lhes a legítima com nuas-propriedades, cujo valor útil aos herdeiros fosse praticamente nulo, em detrimento de usufrutos em nome de terceiros.

Na Novela 115, por sua vez, Justiniano busca resolver a problemática da falta de critérios para a valoração de um testamento como inoficioso. Para tanto, o Imperador institui hipóteses taxativas de deserdação justa - 14 hipóteses para casos de deserdação testamentária dos filhos pelos pais; e 8 hipóteses de deserdação testamentária dos pais, pelos filhos.<sup>129</sup>

No primeiro caso, era legitimamente alvo da *exhereditio* o filho ou descendente que:

- I. - Agredisse os pais;
- II. - Perpetrasse qualquer ato grave ou desonroso para com os pais;
- III. Acusasse os pais em qualquer caso criminal;<sup>130</sup>
- IV. - Fosse prisioneiro e se associasse a outros prisioneiros;
- V. - Atentasse contra a vida dos pais com veneno ou outros meios;
- VI. - Mantivesse relações ilícitas com a madrasta ou a concubina do pai;

---

126 Anteriormente, como se viu, somente se tutelava, tanto no âmbito do *ius civile*, como no âmbito do *ius honorarium*, o direito das filhas e dos descendentes pela via masculina do testador: filhos de filhas não gozavam de proteção jurídica para fins de legítima até o regramento justiniano.

127 Os decuriões eram magistrados municipais responsáveis por uma variada gama de funções administrativas nos "senados municipais", das quais de particular relevância era a responsabilidade, a partir do reinado de Diocleciano, pela arrecadação e transporte oficial (*cursus publicus*) de tributos em sua área de atuação. Nesse sentido, cf., dentre outros, A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 422 e 426-427.

128 A medida tomada por Justiniano em reduzir drasticamente a quota disponível dos decuriões deriva do fato - assinalado pelo próprio Imperador na Novela 38 - de tais indivíduos frequentemente dilapidarem seu patrimônio para não deixar a até então devida quarta parte para o Fisco. A medida justinianeia representa a continuidade de várias outras adotadas por sucessivos Imperadores ao longo do Baixo Império como forma de pôr em xeque a corrupção e apropriação indébita de dinheiro público por tais oficiais. Nesse sentido, cf. C. 10, 35.

129 É importante frisar-se a diferença entre as hipóteses de deserdação e a indignidade sucessória, na esteira do que assevera B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 749: "*Sebbene qualche ipotesi di exhereditio possa coincidere con quella della indegnità e possa essere analogo il fondamento, consistente in una ragione di risentimento, tuttavia i due istituti divergono profondamente per il regime e gli effetti: nel caso di indegnità l'eredità va al fisco, mentre, intervenendo la exhereditio, si fa luogo all'apertura della successione legittima o testamentaria, secondochè sia fatta per causa non ammessa o consentita dalla legge.*"

130 Desde que o crime não envolvesse o Imperador ou o Estado.

- VII. Caluniasse os pais e por sua delação os causasse danos;
- VIII. - Se recusasse a prestar fiança - pessoal ou patrimonial - no caso de prisão de um dos pais;<sup>131</sup>
- IX. - Proibisse os pais de fazerem testamento;<sup>132</sup>
- X. - Se tornasse um gladiador ou mímico (*arenarios aut mimos*) contra a vontade dos pais;<sup>133</sup>
- XI. - Se recusasse a casar-se com o marido escolhido pelos pais, preferindo “vida desonrosa” (*luxoriosam degere vitam elegerit*);<sup>134</sup>
- XII. - Na convalescência dos pais, não lhes prestar os cuidados adequados;<sup>135</sup>
- XIII. - Não empregar todos os esforços possíveis para o resgate dos pais presos em cativoiro;<sup>136</sup>
- XIV. - Não estiver em comunhão com a Igreja Católica (*non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare*);<sup>137</sup>

Justiniano, entretanto, criou uma presunção *iusuris et de iure* de dignidade em favor dos filhos deserdados: para que a deserdação tivesse efeito, ainda que instituída com base nas hipóteses legalmente cominadas, deveriam os outros herdeiros instituídos provar a sua fidedignidade. Se o conseguissem, estava mantido o testamento, caso contrário, anulava-se a instituição de herdeiros e abria-se a sucessão *ab intestato*. Quanto às outras disposições

131 Esta provisão era aplicável apenas aos descendentes do sexo masculino.

132 No caso, os pais poderiam ignorar tal proibição e legitimamente deserdar o filho com base nela. Nos casos em que a proibição fosse levada a cabo, e os herdeiros *ab intestato* fossem prejudicados por tal fato, poderiam eles, mediante comprovação judicial da proibição, ingressar com ação, a qual seria decidida com base em outras leis. Cf., nesse sentido, C. 3, 28, 23.

133 A não ser que tais fossem as ocupações dos pais.

134 Neste caso, trata-se de hipótese obviamente aplicável às descendentes mulheres. Justiniano estabelece, contudo, que não incorre em indignidade a filha ou neta que, com 25 anos ou mais, não tenha sido dada em casamento pelos pais, e acabar por “pecar com seu corpo”, uma vez que a culpa, no caso, seria da “demora” dos próprios pais.

135 Neste caso, a indignidade se estendia não só aos descendentes, mas todos os que viessem a herdar na sucessão *ab intestato*. Justiniano previu, ainda, que se um estranho assumisse, às suas expensas, o cuidado da pessoa convalescente, deveria notificar seus herdeiros e, em caso de negligência dos mesmos, tornar-se-ia o único herdeiro da pessoa em seu cuidado, deserdando-se os demais. Outras disposições testamentárias, entretanto, se existissem, permaneceriam em vigor.

136 Neste caso, se os pais conseguissem se libertar sem os esforços dos filhos, poderia optar entre deserda-los ou não; mas se falecessem presos em cativoiro, os filhos estariam automaticamente excluídos da sucessão (seja ela testamentária ou *ab intestato*), e os bens seriam inventariados e confiados à igreja da cidade natal dos falecidos, devendo ser destinados ao pagamento de resgates e fianças daqueles que necessitarem. Se houvesse testamento, as outras disposições testamentárias eram mantidas. O mesmo se aplica no caso dos *heredes extranei* que, sabendo de sua instituição no testamento dos cativos, não empregar os mesmos esforços para resgata-los. Tal disposição se aplicava apenas a maiores de 18 anos. Nos casos em que o resgate exigido fosse em pecúnia, os herdeiros estariam, por força da própria Novela 115, autorizados a valer-se do patrimônio dos pais em cativoiro para garantir o resgate, caso não tivessem dinheiro suficiente para com ele arcar às suas próprias expensas. Nestes casos, em sendo bem-sucedido o resgate, o genitor recuperado deveria honrar os termos avençados como se ele próprio tivesse realizado o negócio.

137 Em tal hipótese, se houvesse mais de um descendente, e um deles pertencesse à fé católica e os outros não, o fiel herdaria a quota dos outros, mas era proibido de aliena-la, retendo apenas os frutos e dela abatendo os custos de sua manutenção, até o fim da vida do irmão herege, devendo devolver-lhe sua porção caso se convertesse, somente podendo adquirir para si a propriedade plena se o herdeiro falecesse infiel. No caso de todos os filhos serem hereges ou infieis, a herança defere-se aos demais parentes católicos na forma da sucessão *ab intestato*, com a mesma ressalva da possibilidade de conversão. Não havendo quaisquer parentes católicos, e os pais fossem clérigos, a herança deferir-se-ia da mesma forma *supra* à igreja do domicílio dos falecidos; se fossem leigos, herdaria o Estado. Se os pais fossem hereges ou infieis, somente poderiam instituir herdeiros católicos, e, no caso de sucessão *ab intestato*, somente herdariam os descendentes católicos, ou, ausência destes, os parentes católicos, assim sucessivamente.

(legados, fideicomissos, manumissões, nomeações de tutores, dentre outros), deveriam permanecer integralmente em vigor, independentemente da anulação do testamento.

Por sua vez, poderia ser deserdado pelo filho ou descendente, o pai ou ascendente que:

- I. - Entregasse seu filho ou descendente às autoridades por crime punível com a morte;<sup>138</sup>
- II. - atentasse contra a vida de seu filho ou descendente com veneno ou outro meio;
- III. - Mantivesse relações ilícitas com a esposa ou concubina de seu filho ou descendente;
- IV. - Proibisse de fazer testamento o filho ou descendente que tivesse capacidade para fazê-lo;<sup>139</sup>
- V. - atentasse contra a vida ou a saúde de sua esposa, e vice-versa, sem prejuízo das demais sanções criminais legais;
- VI. - Na convalescência dos filhos, não lhes prestasse os cuidados adequados;<sup>140</sup>
- VII. - Não empregasse todos os esforços possíveis para o resgate dos filhos presos em cativeiro;<sup>141</sup>
- VIII. - Não estivesse em comunhão com a Igreja Católica;<sup>142</sup>

A mesma presunção relativa de dignidade criada em favor dos filhos também militava em prol dos pais: também nestes casos, deveriam os herdeiros instituídos provar a indignidade paterna para manter o testamento, o mesmo se aplicando no caso das outras disposições testamentárias caso se abrisse a sucessão *ab intestato*.

Por fim, a Novela estabelece, nesse mister, que o testamento não poderia ser anulado se nele se adimpliu com a legítima por meio de outras disposições que não a instituição de herdeiro (legados, fideicomissos, etc), e que, caso a parcela deixada a título de legítima fosse menor que a legalmente devida, caberia aos outros herdeiros complementar a quota até o limite devido.<sup>143</sup>

Remanesce controverso entre os romanistas qual a ação consagrada por Justiniano para a anulação do testamento com base nas Novelas analisadas: alguns<sup>144</sup> acreditam

---

138 Exceto no caso de crime de traição.

139 Aplica-se a esta hipótese de indignidade as mesmas ressalvas inerentes à sua equivalente da proibição dos filhos quanto aos testamentos paternos, como visto.

140 Aplica-se a esta hipótese de indignidade as mesmas ressalvas inerentes à sua equivalente da negligência de cuidado dos filhos para com os pais, como visto.

141 Aplica-se a esta hipótese de indignidade as mesmas ressalvas inerentes à sua equivalente da inatividade dos filhos no caso de sequestro dos pais, como visto.

142 Aplica-se a esta hipótese de indignidade as mesmas ressalvas inerentes à sua equivalente da heresia ou infidelidade religiosa dos filhos, como visto.

143 Neste último caso, aplicam-se as disposições relativas à *actio ad supplendam legitimam*, a que Justiniano conferiu aplicação mesmo ausente a cláusula de suplementação. Nesse sentido, cf. C. 3, 28, 30, pr. De se notar, ainda, que tônica da sucessão hereditária, nesse estágio do Direito Romano, já é mais patrimonial que pessoal, como no direito clássico.

144 Cf., dentre outros, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 550, e M. KASER, *Römisches privatrecht*, p. 394.

ter a *querela inofficiosi testamenti* mantido a sua aplicação tradicional; outros,<sup>145</sup> por sua vez, sustentam que o remédio judicial competente seria uma ação própria de anulação do testamento.

Em todo caso, por meio da exegese das Novelas 18 e 115 verifica-se, portanto, que o direito justinianeu já se encontra deveras distante da consagração clássica da ampla e quase irrestrita liberdade de testar da Era Republicana.

Ainda que Justiniano afirme que busque “de todo modo manter a vontade dos testadores”<sup>146</sup> é inegável que a atuação do Imperador - e ele mesmo o confessa na Novela 115<sup>147</sup> - pauta-se muito mais pela proteção aos interesses dos herdeiros, e a uma espécie de “justiça familiar” que pela consagração do ideal da liberdade de testar, mostrando-se como o acúmen de um processo iniciado desde o princípio da Era Imperial.

Não se trata, aqui, de um juízo negativo, pelo contrário: a mudança no mundo jurídico reflete a mudança na sociedade romana e visa senão à correção de distorções anteriormente existentes.

De mais a mais, a consagração do senso de dever dos cidadãos, na mentalidade estoica do final da Era Republicana e do Principado já não podia mais ser encontrada na sociedade romana pós-crise do século III, em que a segurança das relações jurídicas era - com razão - um ideal muito mais prezado que nos clássicos tempos em que Roma era a indisputada e invencível *caput mundi*.

O regramento de Justiniano traz uma muito bem-vinda estabilidade nas relações jurídicas sucessórias, sobretudo num Império que não mais se centrava em Roma, nem sequer tinha o latim como seu idioma mais falado, e reunia dentro de suas fronteiras eminentemente gregos, sírios, egípcios, africanos, italianos, e também contingentes de povos germânicos anexados pela expansão - também realizada por Justiniano - do Império pelo Mediterrâneo após a queda de Roma para os bárbaros.

Trata-se, portanto, da síntese de um progresso já realizado na Era Imperial romana, e que, incorporando elementos do ideário da época - notadamente o Cristianismo - cumpriu sua missão de trazer segurança e estabilidade às relações jurídicas de um Império pós-crise e desunido.

---

145 Cf., dentre outros, P. BONFANTE, *Instituzioni*, p. 615.

146 C. 3, 28, 30, pr. Tradução nossa.

147 Nov. 115: “(...) E dispomos estas coisas para que possamos libertar os filhos das injustiças dos testamentos dos pais. (...) Pois a única intenção de Nossa Serenidade é afastar a injustiça de preterições e deserdações <feitas> por pais a seus filhos. Pois os pais devem considerar que eles mesmos já foram filhos e o mesmo esperavam de seus próprios pais; e, da mesma forma, os que são hoje filhos devem zelar para agradar os desejos de seus pais, pois eles mesmos desejam se tornar pais e, por sua vez, serem honrados por seus filhos. Portanto, é evidente que a presente lei foi promulgada para o bem e a salvaguarda de ambas as partes e, por isso, entendemos que deva ser promulgada.” (*Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus. (...) Sola enim est nostrae serenitatis intentio a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre. Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt et eadem a suis parentibus speraverunt, et similiter qui nunc filii sunt debent studere parentum animos sanare, quia et ipsi parentes fieri desiderant et a suis optant filiis honorari. Unde et constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam. Quam ex hac occasione promulgandam esse perspeximus.*). Tradução nossa.

Além disso, o regramento justiniano foi, como se verá, responsável, também, por fornecer as bases dos ordenamentos nacionais europeus quanto à legítima, sobretudo após a restauração dos estudos de Direito Romano nas universidades europeias e, como tal, possui valor incalculável para todo o mundo jurídico que se pautar na tradição romano-germânica.<sup>148</sup>

## A EVOLUÇÃO DA LEGÍTIMA: DE ROMA AO DIREITO BRASILEIRO

### A legítima no direito visigodo

A sucessão do domínio romano sobre a Península Ibérica deu-se, eventualmente, com a formação do Reino Visigodo, sediado em Toledo, a partir do século V.

A relação dos conquistadores germânicos com a população ibero-românica já existente, sobretudo no âmbito da aplicação do direito, é obscura, e suscita até os dias atuais, controvérsias.<sup>149</sup>

Fato é, entretanto, que sucessivos monarcas visigodos – conquanto tratasse de povo cuja fonte do direito, por excelência, era o costume – do final do século V ao século VII, sequencialmente editaram diplomas normativos largamente influenciados pela tradição jurídica romana.

O primeiro deles foi o Código de Eurico (*Codex Euricianus*), editado, com base em leis anteriores da lavra do Rei Teodorico I e, talvez, também Teodorico II (*Edictum Theodorici*), pelo Rei Eurico em cerca de 476. O *Codex Euriciensis* foi um compilado legislativo que reuniu tanto o direito costumeiro germânico, quanto o Direito Romano pós-clássico, sobretudo o Código Teodosiano, com o qual os visigodos tiveram amplo contato na Gália austral.<sup>150</sup>

Em torno de 506, no reinado de Alarico II, promulga-se a *Lex Romana Visigothorum* ou “Breviário de Alarico” (*Breuiarium Alarici*). Trata-se de uma extensa compilação

---

148 Sobre o impacto do legado jurídico de Justiniano, cf., dentre outros, P. STEIN, *Roman law*, cit., pp. 32-36.

149 Nesse ponto é característico o embate entre defensores da tese da territorialidade e os defensores da tese da pessoalidade da lei visigótica até a promulgação do Código de Leovigildo em 580, quando o Direito assume caráter nitidamente territorial. Capitanando a primeira posição figura, A. GARCÍA GALLO, *Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda*, in *Anuario de História del Derecho Español*, XIII, (1941), pp. 168-264, que propõe a tese de que todas as leis visigóticas anteriores ao Código de Leovigildo possuíam aplicação conjunta a romanos e germânicos. Tal posicionamento foi severamente criticado por P. MERÉA, *Estudios de Derecho Visigótico*, Coimbra, Acta Universitatis Conimbricensis, 1948, pp. 199-220. Meréa argumenta que o Breviário de Alarico não pode se incluir na sequência da legislação visigótica, tratando-se, antes, de compilação subsidiária de fontes romanas, e, portanto, não revogou o Código de Eurico, nem foi revogado pelo de Leovigildo; e que tanto o *Codex Euriciensis* quanto a *Lex Romana Visigothorum* detinham circunscrições de aplicação muito bem definidas. Cf., ainda, nesse sentido, G. BRAGA DA CRUZ, *História do direito português*, Coimbra, datilografado por João Arantes, 1955, pp. 127-239, e P. P. ADRAGÃO, *Lições de história do Direito Romano, peninsular e português*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 143-145.

150 A. D'ORS, *El Código de Eurico*, in *Estudios Visigóticos*, v. II, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960, pp. 9-10. O autor classifica o *Codex Euriciensis* como “um monumento de ‘derecho romano vulgar’ y no de ‘derecho germánico’”. N. J. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português: fontes de direito*, 5ª ed., Lisboa, Calouste-Gulbenkian, 2011, p. 77, e P. P. ADRAGÃO, *Lições*, cit., p. 141 enxergam na presença de elementos do Direito Romano no Código de Eurico a “romanização” e receptividade à cultura romana já existente dentre os próprios visigodos.

exclusiva do Direito Romano pós-clássico, trazendo fragmentos dos Códigos Teodosiano, Hermogeniano, e Gregoriano, além de trechos do *Liber Gai* (adaptação pós-clássica das *Institutiones* de Gaio), das *Sententiae* de Paulo, e das *Responsae* de Papiniano, bem como de Novelas pós-teodosianas.<sup>151</sup>

Nas últimas décadas do século VI, o Rei Leovigildo promulga uma atualização do *Codex Euricianus*, denominada de *Codex Reuisus* (“Código Revisto” ou simplesmente “Código de Leovigildo”). Seu teor é, em grande parte, desconhecido, posto que reconstruído a partir de referências do código seguinte: o Código Visigótico.<sup>152</sup>

Também denominado *Lex Visigothorum Recesvindiana*, *Liber Iudiciorum*, *Liber Iudicum*, ou *Forum Iudicum* (posteriormente castelhanizado para *Fuero Juzgo*), o Código Visigótico resultou de trabalho legislativo iniciado por Chindasvindo, e concluído por seu filho, o Rei Recesvindo, em meados do século VII. O Código condensou preceitos tanto do *Codex Euricianus*, como da *Lex Romana Visigothorum*, passando a ser aplicado tanto a visigodos, como romanos, indistintamente – providência natural dado o estado de integração cultural da Península Ibérica à época.<sup>153</sup>

Conheceu tal Código duas revisões: a primeira, realizada por Ervígio, em 681 (*forma eruigiana*), e a segunda, resultado de reformas pontuais por sucessivos monarcas seguintes (*forma uulgata*).<sup>154</sup>

No âmbito do direito das sucessões, e sobre o tema da legítima em específico, é particularmente obscuro o regramento emprestado pelos visigodos, dada sobretudo a precariedade das fontes que até nós chegaram.

Cumpra observar, primeiramente, que mesmo no bojo do próprio Direito Romano operou-se um fenômeno de “despersonalização da herança”, isto é, se, nos primórdios de Roma, e bem assim em seu período clássico, a herança consistia fundamentalmente num estatuto pessoal que trazia como apêndice os acréscimos patrimoniais, já no direito justiniano a primazia dos bens materiais é, por si só, evidente – como se explanou no capítulo precedente.

Assim, mesmo com Justiniano, já não tinha mais razão de ser, por exemplo, a instituição de herdeiro como *caput et fundamentum* dos testamentos, que se quedaram reduzidos a um mero negócio jurídico de eficácia *post mortem* como muitos outros congêneres – aí incluindo-se codicilos e doações *mortis causa*.

---

151 Cf. N. J. E. GOMES DA SILVA, *História*, cit., pp. 78-79. P. MERÊA, *Estudos*, cit., p. 202, por sua vez, encara na presença exclusiva de elementos do direito no romano no Breviário de Alarico, um indicio de que se tratava de estatuto pessoal dos súditos hispano-romanos do Rei dos Visigodos, ao passo que o Código Euriciano, por reunir também elementos dos costumes daquele povo, seria aplicável aos germânicos.

152 P. P. ADRAGÃO, *Lições*, cit., p. 142.

153 N. J. E. GOMES DA SILVA, *História*, cit., pp. 78-80.

154 P. P. ADRAGÃO, *Lições*, cit., p. 142. O autor aduz que, no Código Visigótico, marcadamente influenciado pelas mesmas inspirações do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, a despeito da miscelânea romano-germânica, sobressai o elemento romano. Nesse sentido, cf., também, M. CAETANO, *História do direito português*, 4ª ed., Lisboa, Verbo, 2000, pp. 106-107.

Desta feita, ao Direito Visigótico, que sobrevém ao romano na Península Ibérica, não é caro o formalismo quanto às disposições testamentárias, e o rigor técnico dos juristas clássicos, virtualmente inexistente.<sup>155</sup>

Pelo Código Euriciano, portanto, o testamento se dava de modo bastante simples, podendo ser tanto oral como escrito, desde que realizado perante “duas ou três” testemunhas, todas ingênuas.<sup>156</sup> No que concerne à liberdade de testar, no entanto, é controverso se o *Codex* a contemplou de modo irrestrito ou limitado.<sup>157</sup>

A *Lex Romana Visigothorum*, por sua vez, em seu título XIX do Livro I, reproduz constituições imperiais de Constantino I, Constâncio II, Graciano, Valentiniano, dentre outros, contidas no Código de Teodósio, as quais versavam eminentemente acerca da *querela inofficiosi testamenti*; sem, contudo, explicitar a legítima a ser guardada, nem tampouco elencando hipóteses específicas em que a deserção de *sui* seria permitida.<sup>158</sup>

Seja qual for a realidade do direito das sucessões do Reino Visigodo no século V, com o advento do Código Visigótico há radical mudança, mormente no que concerne à legítima.

No *Liber IV* da *Lex Iudiciorum*, Leovigildo fixa, em favor dos descendentes, como “legítima”, quatro quintos do patrimônio do *de cuius*,<sup>159</sup> dali excluída eventual liberalidade que recebesse do senhor ou do rei.<sup>160</sup>

Dentre os quatro quintos, era lícito, ainda, ao causante, dispor de um décimo (parcela posteriormente aumentada a um terço por Ervígio) em favor de um ou mais descendentes em específico (a chamada “melhora”, existente até hoje no Direito Espanhol).<sup>161</sup>

No que concerne às hipóteses de deserção, o Código Visigótico dispunha que somente poderiam ser deserçados os descendentes que: houvessem tentado lesar ou

---

155 O que não quer dizer, também, que houvesse desaparecido o testamento romano. Pelo contrário, P. MERÊA, *Estudos*, cit., p. 109, nos noticia famigerado testamento realizado pelo Bispo de Huesca, essencialmente no mesmo padrão preconizado pelo Baixo Império Romano: “O testamento é encabeçado pela instituição de herdeiro – é instituída herdeira universal a igreja oscense – seguindo-se a fórmula de deserção: *ceteri ceteraave personae exheredes mihi sint totae*. Posto isso, o prelado confirma, na parte que subsiste inalterada, a ampla doação que, antes de ser elevado ao episcopado, fizera em favor do mosteiro de Asán, acrescentando vários legados (para os quais usa o verbo *donare*) e manumitindo alguns servos. Da parte final resta apenas a ressalva das emendas e rasuras, que estava na tradição notarial romana, e o princípio da cláusula cominatória. Faltam a data, a *scriptio* (ou sinal) do testador e as *subscriptions* das testemunhas.”

156 A. D’ORS, *El Código*, cit., p. 237, noticia a origem de tal exigência, já admitida pelo Direito Romano pós-clássico (CTh 4, 4, 7): trata-se de influência direta do Cristianismo, mais especificamente de passagem do Evangelho de São Mateus (18, 16): “*in ore duorum vel trium testium stet omne verbum*.”

157 Nesse sentido, A. D’ORS, *El Código*, cit., p. 238, sustenta que somente com Leovigildo houve a imposição de limites à liberdade testamentária no Reino Visigodo. Na direção oposta, I. GALVÃO TELLES, *Apontamentos para a história do direito das sucessões português*, Lisboa, Universitas Olisiponensis, 1963, pp. 88-94, afirma que a limitação à liberdade de testar guarda intrínseca relação com os costumes ancestrais visigóticos, e, conquanto não se possa depreender qualquer posição nesse sentido pelo texto literal do Código de Eurico, pode-se entrever conjecturalmente a partir dos chamados *Fragmenta Gaudenziana*, e de lei do tempo de Chindasvindo (*lex Dum inlicita*), que se reportaria ao período anterior.

158 Cf., nesse sentido, G. HAENEL (org.), *Lex romana visigothorum*, 1ª ed., Aalen, Scientia, 1962, pp. 56-59.

159 A quota disponível, reduzida a um quinto do patrimônio, é denominada por A. D’ORS, *El Código*, cit., p. 238, de “quinta visigótica”.

160 Diferentemente do direito justiniano, somente os descendentes do testador são considerados herdeiros necessários.

161 Cf., nesse sentido, I. GALVÃO TELLES, *Apontamentos*, cit., pp. 94-96.

matar qualquer dos pais ou outros ascendentes; ou lhes acusassem publicamente do cometimento de um crime.

Nestes casos, a lei autorizava a deserção – inclusive da sucessão *ab intestato* – a critério do ascendente ofendido, acrescida de 50 chibatadas em praça pública. Era, entretanto, lícito, ao ascendente ofendido, perdoar o descendente agressor – caso em que retornaria *ipso facto* à condição de herdeiro.

Assim, esse foi o regime da legítima que vigeu na Península Ibérica até a conquista muçulmana,<sup>162</sup> no século VIII, permanecendo, ainda que fragmentariamente, nos reinos cristãos asturianos, e se incorporando aos Estados que ali se formavam, conforme progredia a Reconquista.

## O Direito Canônico

O Direito Canônico foi fundamental para a construção de nossa tradição jurídica, encontrando, inclusive, aplicação enquanto direito vigente, por centenas de anos, entre o Baixo Império Romano, e o alvorecer da Era Moderna.

É, pois, em pleno Direito Romano, que a Igreja primeiro recebe jurisdição sobre certos afazeres civis: por constituição imperial de Constantino, posteriormente ratificada por outra de Arcádio, os Bispos da Igreja receberam autoridade jurisdicional sobre partes litigantes, caso estas optassem por submeter-lhes sua lide, em vez das autoridades públicas (*episcopalis audientia*).<sup>163</sup>

Destarte, com o colapso da autoridade de Roma no século V, seguido do colapso da autoridade de Toledo no século VIII, o recurso à atividade jurisdicional das autoridades públicas torna-se cada vez mais difícil, ao passo que, em movimento contrário, com a crescente cristianização do Ocidente, a Igreja Católica adquire cada vez maior capilaridade social.<sup>164</sup>

Mas não só. Sobretudo a partir do Renascimento Carolíngio do século IX, o clero passa a especializar-se ainda mais no campo da erudição – movimento que atinge seu acúmen com a escolástica – e, assim, passa a adquirir maior rigor intelectual, inclusive no âmbito do Direito, ao mesmo tempo sem descurar-se da Verdade Revelada – fonte primordial do Direito Canônico.<sup>165</sup>

162 É importante salientar-se que, se há ferrenho embate doutrinário a respeito se o Direito Visigótico do século V detinha caráter territorial ou pessoal, é basicamente consenso que o direito dos invasores muçulmanos não era aplicável, *a priori*, aos conquistados cristãos que assim permaneceram. E tal se dá porque o direito muçulmano detém caráter intrinsecamente confessional, retirando seus fundamentos essenciais do Alcorão e da *Sunna* (mas também reunindo elementos específicos como a *Ijma* – “consenso unânime da comunidade” – e a *fiqh* – “ciência do Direito” desenvolvida pelo raciocínio lógico-jurídico dos alfaquis ou *fuqaha* (juristas). Dado, também, que somente uma minoria dos conquistados se converteu ao Islã – o restante, a partir de então denominados “moçárabes”, se colocando como súditos dos califas e emires mediante o pagamento da *jizya* (imposto de capitação) – não compõe o Direito Muçulmano elemento influenciador de nossa cultura jurídica, razão pela qual é objeto estranho ao propósito deste estudo. Nesse sentido, cf. P. P. ADRAGÃO, *Lições*, cit., pp. 153-155, e N. J. E. GOMES DA SILVA, *História*, cit., pp. 111-112.

163 CTh, 1,27,1, e Sirm. 1.

164 Cf., nesse sentido, N. J. E. GOMES DA SILVA, *História*, cit., pp. 180-187.

165 Cf., nesse sentido, P. P. ADRAGÃO, *Lições*, cit., pp. 146-148.

Desta feita, sobretudo na transição da Alta à Baixa Idade Média, a Igreja oferecia não só uma jurisdição mais abrangente, como de maior qualidade técnica que aquela das autoridades civis – e por isso era altamente requisitada pela população.<sup>166</sup>

Assim, por mais que, à primeira vista, o direito sucessório não possa parecer matéria tão atinente ao Direito Eclesiástico quanto outros segmentos do direito civil – como o casamento, por exemplo, em virtude de sua dignidade sacramental – a grande demanda popular, aliada à ampla atividade intelectual do clero, assim como a interesses materiais da própria instituição, leva à existência de disposições canônicas também sobre a matéria sucessória.

Nesse mister, nota-se que a Igreja Católica sempre advogou em prol da consagração de uma liberdade testamentária, ainda que limitada.<sup>167</sup>

O fundamento canônico reside na concepção de que a legítima é instituto de direito natural: o patrimônio enquanto trabalho acumulado pelas gerações, gera o direito à herança; quanto aos filhos, compõe parte do dever dos pais de lhes prestar auxílio material e alimentar; e quanto aos pais, por questão de dever de piedade e gratidão – além de constituir preceito expresso do Decálogo.<sup>168 169</sup>

Imperantes tais ideias de modo difuso a princípio, no século XII, ganharam coesão, com o *Decretum Gratiani* e com as Decretais de Gregório IX, que, em seu Livro III, Título XXVI *De testamentis et ultimis voluntatibus*, Capítulo XVI, fazem expressa referência ao *debitum iure naturam* (legítima) e *quartam per Trebellianus*, os quais deveriam ser quantificados segundo o direito local.

Assim, vislumbra-se, portanto, que o Direito Canônico também cumpriu importantíssimo papel não só de preservar e transmitir o legado romano – do qual certamente sofreu influência – como também de fornecer uma dimensão jusfilosófica à legítima e à limitação da liberdade testamentária.

---

166 Sobre a jurisdição eclesiástica na Idade Média, cf. P. D. JASON, *The Courts Christian in Medieval England*, in *The Catholic Lawyer*, 37, (2017), pp. 339-358.

167 Cf. M. KÖRPOLA, e E. T. ÖNNERFORS, *Inheritance law, wills, and Strategies of Heirship in Medieval Sweden*, in M. KÖRPOLA, e A. LAHTINEN (orgs.), *Planning for death: wills and death-related arrangements in Europe 1200-1600*, Leiden, Koninklijke Brill, 2018, pp. 40-43. Asseveram as autoras, ainda, que teria a Igreja Católica direto interesse que os ordenamentos locais permitissem a liberdade testamentária em razão de ser ela própria beneficiária de muitas de tais disposições patrimoniais *post mortem*. Trata-se, aqui, das chamadas *donationes piae causae* ou *pro anima*, que, de fato, encontraram largo uso na Europa Medieval desde os últimos séculos do Império Romano.

168 Cf., nesse sentido, P. M. VELLARDE S. J., *Cursus Iuris Canonici Hispani et Indici*, 3ª ed., 1791, trad. esp. de A. Carillo Cázares *et al.*, *Curso de derecho canónico hispano e indiano, v. III – Libros Tercero y Cuarto*, Zamora, El Colegio de Michoacán: Facultad de Derecho UNAM, 2005, p. 204.

169 Nesse mister, inclusive, M. KÖRPOLA, e E. T. ÖNNERFORS, *Inheritance law*, cit., p. 40, noticiam uma decretal do Papa Alexandre III editada em 1172 especificamente ao Rei Canuto I da Suécia, na qual o Pontífice, a certa altura, explica: “*Ad hec nunciatum nobis est quod sunt aliqui inter vos qui exheredatis legitimis filiis bona sua omnia ecclesiis dereliquit quod quidem nullo iure permittitur sed qui habet unum filium si uult alterum faciat Christum dimidiam ecclesiae reliquendo. Qui habet duos, faciat tercium Christum et sic in ceteris. Quoniam ecclesia exheredatis filiis recipere totum non debet quod nimirum fratres vel sorores fratribus vel sororibus pretermisiss facere possunt ut sine filiis decedentes totum ecclesiae derelinquant.*” Em tradução livre: “Foi-nos informado que há alguns entre vós que deserdam seus filhos legítimos e deixam todos os seus bens para a Igreja, o que não deve ser permitido por nenhum direito. No entanto, quem tem um filho, faça Cristo seu outro, deixando metade [de seus bens] à Igreja. Quem tem dois, faça Cristo seu terceiro, e assim por diante. A Igreja não deve receber a totalidade dos bens de filhos deserddados, mas sem dúvida, irmãos e irmãs podem ser preteridos, e assim também aqueles que morrem sem filhos podem deixar a totalidade de seus bens à Igreja.”

Deve-se salientar, por fim, que o Direito Canônico compõe base fundamental de nosso próprio direito brasileiro, uma vez que foi, até a promulgação das Ordenações Afonsinas no século XV, direito vigente em Portugal, prevalecendo, inclusive, sobre as leis do próprio Rei, no que lhes fossem contrárias.<sup>170</sup>

## O desenvolvimento da legítima no Direito Português

Com a queda do Reino Visigodo de Toledo para os muçulmanos no século VII, a presença cristã na Península Ibérica se retrai para a região das Astúrias, ao norte.

A aniquilação do poder central visigótico traz graves consequências, não só políticas, mas também econômicas e jurídicas à sociedade, que se vê em processo de crescente ruralização e regressão mercantil.

No Direito, sobretudo no campo sucessório, a mudança é sensível: a disponibilidade de bens a serem deixados decresce, ao passo que a própria noção de propriedade, gravitando em torno da entidade familiar, é afetada de modo a ser virtualmente impossível ao *de cujus* dela dispor por qualquer ato de eficácia *post mortem*.<sup>171</sup>

Com o crescente sucesso da Reconquista, e a formação, em 1139 do Reino de Portugal, a realidade passa a ser outra: o comércio – aquecido pelas Cruzadas Mediterrâneas – é reavivado com o grande trânsito de pessoas circulando pela Península – Lisboa, por exemplo, torna-se parada obrigatória aos navios que rumavam do Mar do Norte ao Mediterrâneo e vice-versa – ao passo que a expansão rumo ao sul representa a aquisição de territórios e cidades de vital relevância.

Assim, Portugal já nasce inserto num contexto urbano-comercial, com expressiva vida cidadina e, mais importante, grande autonomia das urbes locais, dado que a autoridade do Rei ainda se construía de maneira incipiente – sobretudo diante das reiteradas contestações dos monarcas castelhanos e leoneses.

Juridicamente, tal realidade se manifesta no fato de que havia uma grande concorrência de fontes do Direito em Portugal: para além das leis emanadas do Rei, vigiam também o Direito Canônico, o antigo Código Visigótico (*fuero juzgo*), e até mesmo direito estrangeiro (como as *Siete Partidas* do Rei Afonso X de Castela).<sup>172</sup>

No âmbito sucessório, em específico, é de grande relevância o direito foraleiro, sobretudo na definição do que se chamou de “reserva hereditária”, pautada, por sua vez, em uma noção – já existente anteriormente, mas aperfeiçoada em tal época – que distinguia os “bens próprios” ou “de avoenga” (aqueles herdados da família) dos “bens comprados” ou

---

170 Tal foi consignado na “Lei da Cúria de 1211”, na qual se diz, com referência ao Rei D. Afonso II, que “(...) *Outrosy estabeleceo que as sas leys sseiam guardadas e os dereytos da Santa egreja de Roma conuem a ssaber que sse forem feitas ou estabelecudas contra eles ou contra a Santa egreja que nom ualham nem tenham.*” Cf., nesse sentido, N. J. E. GOMES DA SILVA, *História*, cit., pp. 183-184.

171 Nesse sentido, cf. I. GALVÃO TELLES, *Apontamentos*, cit., pp. 98-110. Assevera o autor tratar-se de um “sistema segundo o qual existe impossibilidade absoluta de dispor dos próprios e plena liberdade de dispor dos adquiridos; ou, quando muito, uma quota disponível mais ampla para os adquiridos e outra mais restrita para os próprios.”

172 Cf., dentre outros, N. J. E. GOMES DA SILVA, *História*, cit., pp. 156-190.

“de ganhadio” (adquiridos em vida por seu titular).<sup>173</sup>

Trata-se, aqui, de sucessão necessária qualificada em função do objeto da herança: os bens próprios são afetados a toda a família, não podendo o proprietário deles dispor enquanto tiver parentes; já os bens comprados podem ser livremente testados, desde que o causante não tenha descendentes.<sup>174</sup>

Assim, em termos de legítima, no entanto, cada foral qualificava a sua fração, bem como aos tipos de bens sobre os quais recaía, com parcelas abrangendo desde um oitavo até metade da herança.<sup>175</sup>

Tal realidade começa a mudar no passar do século XIII ao XIV, motivada por fatores de ordem política, econômica, e jurídica.

Politicamente, há uma crescente centralização administrativa em torno do poder real iniciada pelos últimos monarcas da Casa de Borgonha, e consolidada posteriormente pela Casa de Avis – o que põe em xeque a multiplicidade de regramentos vigentes no país.

Na economia, o crescimento comercial e populacional impunha um maior dinamismo na economia, e demandando, ainda, uma maior mobilização de ativos – inclusive os imobiliários – não sendo mais desejável, nesse caso específico, a existência de toda uma classe de bens virtualmente intangíveis, como os “bens de avoenga”.<sup>176</sup>

No Direito, por sua vez, a “redescoberta” do Direito Romano em Bolonha, e o início de estudos jurídicos semelhantes em Coimbra, levam a um renovado interesse pelo Direito Romano, que passa a inspirar tanto a elaboração doutrinária, quanto os próprios diplomas legais de então.<sup>177</sup>

Assim, inicia-se um processo de centralização administrativa e jurídica, aliada a uma reparametrização do Direito, que, reorientado a suas raízes romanas, passa a atender melhor ao dinamismo social exigido pelos novos tempos.

É precisamente nesse contexto que ocorre a edição das Ordenações Afonsinas por D. Afonso V em 1446, sucedidas e atualizadas pelas Ordenações Manuelinas, de 1521; e, por fim, pelas Ordenações Filipinas, de 1603.<sup>178</sup>

Especificamente no âmbito do direito sucessório e da legítima, as Ordenações do Reino de Portugal são marcadas pela influência do Direito Romano, temperada pelo

173 Toma-se, aqui, como exemplo, o foral de Santarém de 1095. Cf., nesse sentido, I. GALVÃO TELLES, *Apontamentos*, cit., pp. 113-114. Aduz o autor, ainda, o fundamento de tal distinção: “A sucessão legitimária romana, porque não se inspirava propriamente na ideia de defesa familiar, mas no sentimento de piedade para com os parentes mais chegados (*officium pietatis*), recaía indistintamente sobre todos os bens; a reserva, porém, tendo em vista assegurar a conservação da família, escolheu para seu campo de incidência o núcleo dos bens próprios.”

174 Tal noção originou os conceitos de “troncalidade” e “morgadios”, vigentes em Portugal – e, conseqüentemente, também no Brasil – até a codificação lusitana do século XIX. Nesse sentido, cf., dentre outros, R. M. DE LOURDES, *O morgadio em Portugal, sécs. XIV - XV: Modelos e práticas de comportamento linhagístico*, Lisboa, Editorial Estampa, 1995, pp. 20-23.

175 Cf., dentre outros, I. GALVÃO TELLES, *Apontamentos*, cit., pp. 115-120.

176 Cf., nesse sentido, L. CABRAL DE MONCADA, *A Reserva Hereditária no Direito Romano, Peninsular e Português*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1919, pp. 155-165.

177 É o caso, por exemplo, dos “Costumes de Terena comunicados de Évora”, primeiro documento legislativo a permitir a livre disposição de bens de um causante que não tivesse descendentes nem ascendentes. Cf., nesse sentido, I. GALVÃO TELLES, *Apontamentos*, cit., pp. 123-124.

178 Cf., dentre outros, N. J. E. GOMES DA SILVA, *História*, cit., pp. 300-314.

costume e leis prévias (notadamente o *Liber Iudiciorum*, o *Decretum Gratiani* e as *Siete Partidas*), e, também, pela ausência do rigoroso formalismo até então exigido pelas leis derivadas das fontes romanas.

As três edições das Ordenações estabelecem, pois, uma quota legitimária fixa de dois terços, independentemente do número de filhos. Inovando em termos de abandono do formalismo exacerbado, o regramento português dispunha que não era necessário o recurso à menção expressa dos filhos no testamento, sendo suficiente a reserva do patrimônio legitimário em prol dos descendentes, o que se fez em prol da preservação do testamento.

É o que se pode extrair do disposto no Título 82, do Livro 4, das Ordenações Filipinas, em que se prevê: “*Se o pai, ou mãe fizerem testamento, e sabendo que tem filhos, ou filhas, tomarem a terça de seus bens, e a deixarem a quem lhes aprover, ou mandarem distribuir depois de suas mortes, como fôr sua vontade, postoque no testamento não sejam os filhos expressamente instituídos, ou desherdados, mandamos que tal testamento valha, e tenha efeito. Por quanto pois, tomou a terça de seus bens no testamento, e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quiz deixar aos filhos, e os instituiu nellas posto que dellas não faça expressa menção, e assi devem ser havidos por instituídos herdeiros, como se expressamente o fosse, em favor do testamento.*”

O mesmo “*fauor testamenti*” lusitano era verificável quando não fosse respeitada a legítima: neste caso, o testamento reputar-se-ia nulo, mantendo-se, no que coubessem, as disposições a título singular (sobretudo legados).<sup>179</sup>

Assim, conquanto as Ordenações não mencionem uma “querela”<sup>180</sup> para a tutela dos herdeiros preteridos, o efeito do desrespeito à quota legitimária era, nestes termos, a nulidade do testamento *ipso iure*, exceto pelas disposições a título singular, se as forças da herança assim o permitissem, causando o exato efeito pretendido por Papiniano e Ulpiano para a *querela inofficiosi testamenti*.

De outro norte, diferentemente, também, do regramento castelhano, possibilitou-se aos pais deserdarem seus descendentes (e vice-versa) apenas nos casos previstos na lei.

O Título 88 do Livro 4, trazia, contudo, um extenso rol de situações que davam ensejo à deserdação (ao todo, 18 causas de deserdação dos descendentes pelos ascendentes; e 7 causas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes, aplicando-se-lhes as anteriores, no que couber). No testamento, o testador deveria, portanto mencionar a causa, caso em que, como no direito justinianeu, o herdeiro instituído deveria provar que o herdeiro necessário deserdado assim fez jus.<sup>181</sup>

As Ordenações portuguesas também restauraram – por influência marcadamente oriunda tanto do Direito Romano como do Canônico, dado que o Direito Visigótico não

179 Ordenações Filipinas, 4, 82, 1

180 A “inoficiosidade” testamentária deveria ser arguida no bojo do próprio processo de inventário e partilha. Cf., nesse sentido, Ordenações Filipinas, 4, 96.

181 Ordenações Filipinas, 4, 82, 2.

contemplava os ascendentes com a legítima – os ascendentes à categoria de herdeiros necessários, dispondo: “E tudo o que acima dito he, quando o pai morre deixando filhos, haverá lugar quando faz testamento, e morre sem filhos e lhe ficam netos, ou outros descendentes. E, isso mesmo haverá lugar, quando o filho, ou neto, ou outro descendente fallecer, e fizer testamento em cada huma das maneiras sobreditas, sem deixar descendentes, e tiver pai, mãe, ou outros ascendentes.”<sup>182</sup>

A disciplina da legítima e do direito sucessório das Ordenações vige a partir de então em Portugal e em todos os seus domínios, somente sofrendo alteração substancial no século XIX.<sup>183</sup>

Cumprir observar, entretanto, a malfadada tentativa de alteração legislativa, em todos os ramos do direito, em geral, e no das sucessões, em específico no Período Pombalino.

De fato, a Era Pombalina significou, no Direito Português, a incorporação de ideais iluministas e do Direito Natural. No âmbito do direito sucessório, tal época reflete um profundo desprezo pelo Direito Romano, e pela sucessão testamentária como sendo “antinatural”, e simbolizando uma desigualdade forjada entre os irmãos, em detrimento da sucessão *ab intestato*.<sup>184</sup>

É com tal espírito que o Marquês de Pombal irá editar, num espaço dos oito anos compreendidos entre 1761 e 1769, quatro diplomas normativos versando sobre o direito sucessório português.<sup>185</sup>

A Lei de 25 de Junho de 1766 restringiu consideravelmente a liberdade de testar: sob o pretexto de buscar-se preservar a autêntica vontade do testador, passou-se a considerar nulos os testamentos realizados durante doença grave (salvo se os beneficiários se incluísem dentre os familiares do testador), ou que contemplassem quem o redigiu (se terceiro), parente seu até o quarto grau, ou ordem religiosa a que pertencia.

A Lei de 9 de Setembro de 1769 deixa ainda mais transparente o projeto de aniquilação da sucessão testamentária: tornaram-se legitimários os parentes do testador até o quarto grau, e restaurou-se a distinção medieval entre “bens de avoenga” e “bens de ganhada”, além da “melhora” prevista no Código de Leovigildo – figura jurídica que nunca viu aplicação no Direito Português.

Pelas Leis de 17 de Agosto de 1761 e de 4 de Fevereiro de 1765, excluem-se da sucessão dos pais as filhas nobres que concorressem com irmãos varões (sistema análogo ao inglês vigente até os dias atuais),

<sup>182</sup> Ordenações Filipinas, 4, 82, 4.

<sup>183</sup> As Ordenações Filipinas reproduzem, neste aspecto, o mesmo teor das Afonsinas, e das Manuelinas, em seu Título 97 do Livro 4, e Título 70, do Livro 4, respectivamente, e foram, como se verá, a disciplina vigente no Brasil até o século XX.

<sup>184</sup> Neste sentido, é famosa a afirmação proferida pelo Conde de Mirabeau, perante a Assembleia Revolucionária Francesa: “*What is a testament? It is the expression of the will of a man who no longer has any will, respecting property which is no longer his property. It is the action of a man no longer accountable for his actions to mankind. It is an absurdity, and an absurdity ought not to have the force of law.*”, apud B. NICHOLAS, *An introduction to Roman law*, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 252.

<sup>185</sup> M. J. A. COSTA, *A liberdade de testar e a quota legitimária no direito português: em especial, o confronto do regime do Código Civil de 1867 com a evolução subsequente*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 7-8.

As referidas leis de Pombal foram revogadas com a ascensão de D. Maria I ao trono, pelo Decreto de 17 de julho de 1778, restaurando-se o regime anterior, consagrado pelas Ordenações Filipinas.<sup>186</sup>

É nesse contexto, portanto, que se afigura o regime sucessório da legítima e a sua tutela jurídica no Brasil à época da Independência, que viria a ocorrer pouco mais de quatro décadas depois.

## O desenvolvimento da legítima no Direito Brasileiro

Com a independência do Brasil em 1822, fazia-se necessária a promulgação de legislação pátria em todos os ramos do direito, que afastasse definitivamente os vínculos com Portugal.

Entretanto, a Lei de 23 de Outubro de 1823, promulgada pela Assembleia Constituinte, dispôs em seu artigo 1º pela manutenção em vigor das normas portuguesas de direito privado até que sobreviesse a codificação brasileira.<sup>187</sup>

No mesmo sentido, previa a Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179, XVIII, dispunha que: *“Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”*

Conquanto tenha o Código Criminal sido aprovado ainda em 1830, a legislação civil, como se sabe, não obteve o mesmo progresso, frustrando a determinação constitucional, tendo o primeiro Código Civil brasileiro sido promulgado somente em 1916.

Não faltaram, entretanto, nesse interstício, projetos de codificação, dos quais o mais célebre é, indubitavelmente, a *Consolidação das Leis Civis*, de Augusto Teixeira de Freitas.

Em sua terceira edição, a *Consolidação*<sup>188</sup> assim dispunha:

*“Art 1006. São herdeiros necessarios os descendentes, e os ascendentes, capazes de succeder á intestado; nos termos dos Arts. 959, §§ 1º e 2º, 961, e 963.”*

*“Art. 1008. Os herdeiros necessarios temdireito á duas partes dos bens do testadôr, que só pode dispor da sua terça. Devem ser instituidos, ou desherdados, expressamente.”*

*“Art. 1010. Se o testadôr dispozér de toda a herança, preterindo os herdeiros necessarios, de cuja existencia sabia, otestamento será nullo quanto á instituição; mas serão validos os legados, quecoubrem na terça.”*

*“Art. 1011. A mesma determinação se guardará, quando o testadôr desherdar*

186 Cf., nesse sentido, A. DELGADO DA SILVA, *Colecção da legislação portugueza desde a última compilação das ordenações: legislação de 1775 a 1790*, Lisboa, Typografia Maignrense, 1828, pp.170-181.

187 Lei de 23 de outubro de 2023. Art. 1º. “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.”

188 *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, pp. 602-607.

*os herdeiros necessarios sem declaração de causa legitima."*

*"Art. 1012. Declarando o testadaôr a causa da desherdação, incumbe ao herdeiro instituido provar a legitimidade, e veracidade, da causa declarada; e, provando-a, o testamento será valido."*

*"Art. 1013. Não sendo provada pelo herdeiro instituido a causa da desherdação, o testamento será nullo, e haverá o desherdado sua legitima; mas subsistirão os legados, que couberem na terça."*

Como se vê, Teixeira de Freitas basicamente estruturou em artigos as disposições das Ordenações Filipinas, ainda em vigor naquele tempo.<sup>189</sup>

Como se sabe, a Consolidação não entrou em vigor no Brasil, conquanto tenha inspirado a codificação de outros países, como a Argentina. Na matéria sucessória, a disciplina dada pelas Ordenações Filipinas só veio a ser alterada pela chamada "Lei Feliciano Penna" (Decreto nº 1.839/1907).

A referida "lei" redefiniu a ordem de sucessão *ab intestato*, deferindo-se a herança, sucessivamente: aos descendentes; aos ascendentes; ao cônjuge supérstite, se ao tempo do falecimento do *de cuius*, não estavam desquitados; aos colaterais até o sexto grau; e, por fim, aos Estados, Distrito Federal, ou à União (no caso de o falecido for domiciliado em território federal).

No âmbito da sucessão testamentária, o diploma aumentou a quota disponível para metade do patrimônio, e ainda facultou ao testador determinar a conversão em outras espécies dos bens que comporiam a legítima; atribuir livre administração dos bens à mulher herdeira; e gravar os bens com cláusula de incomunicabilidade ou inalienabilidade temporária ou vitalícia (sem prejuízo de tais bens serem passíveis de disposição testamentária pelos herdeiros instituídos).

Esta é, pois, a realidade do direito sucessório brasileiro às portas da primeira codificação civil nacional.

Quando da elaboração do projeto do Código Beviláqua, a questão da legítima suscitou acalorada discussão no Congresso Nacional: o projeto original, tal como apresentado pelo autor, fora aprovado na Câmara com poucas alterações;<sup>190</sup> entretanto, no Senado, recebeu emendas (Emendas nº 1.532 e 1.675) destinadas a consagrar a liberdade testamentária irrestrita, abolindo-se a legítima em definitivo. Entretanto, ao retornar à Câmara, tais emendas foram derrubadas, e prevaleceu o texto original do projeto.<sup>191</sup>

Assim, o Código Civil de 1916 consagrou, em seu art. 1.576, que, "havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança", ao passo que o art. 1.721:

---

189 O Regulamento nº 5.581/1874, que tratava sobre o Imposto de Transmissão, ecoando disposição análoga de seu antecessor (Decreto nº 2.708/1860), dispôs, em seu art. 3º idêntico teor ao pretenso art. 1.006 da Consolidação de Teixeira de Freitas, a saber: "Art. 3º São herdeiros necessarios os descendentes e ascendentes successiveis ab intestato."

190 Beviláqua, em matéria de legítima, pretendia, originalmente, restaurar a "terça" das Ordenações portuguesas, mas prevaleceu na Câmara o sistema da Lei Feliciano Penna, que consagrava, como se viu, a metade disponível. Cf., nesse sentido, C. MAXIMILIANO, *Direito das sucessões*, v. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, pp. 364-365.

191 Cf., dentre outros, C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. VI, 10ª ed., Rio de Janeiro, Paulo de Azevedo, 1958, p. 12.

*“Art. 1.721 - O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá, de pleno direito, ao descendente, e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).”*

Como se vê, o Código Civil manteve, portanto, o regime em vigor desde a Lei Feliciano Penna e as Ordenações, ao consagrar uma legítima fixa em metade do patrimônio, em favor de descendentes e ascendentes na qualidade de herdeiros necessários.

No que tange à possibilidade de deserdação, o Código reduz o extenso rol consagrado pelas Ordenações Filipinas. No art. 1.744, a par dos casos de indignidade (art. 1.595), o diploma estabelece as hipóteses autorizadoras da deserdação dos descendentes pelos ascendentes:

*“Art. 1.744 - Além das causas mencionadas no art. 1.595, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:*

*I - Ofensas físicas.*

*II - Injúria grave.*

*III - Desonestidade da filha, que vive na casa paterna.*

*IV - Relações ilícitas com a madrasta ou padrasto.*

*V - Desamparo do ascendente em alienação mental, ou grave enfermidade.”*

Da mesma forma, o artigo seguinte trata das hipóteses de deserdação dos ascendentes pelos descendentes pelas mesmas causas, a saber:

*“Art. 1.745 - Semelhantemente, além das causas enumeradas no art. 1.595, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:*

*I - Ofensas físicas.*

*II - Injúria grave.*

*III - Relações ilícitas com a mulher do filho ou neto, ou com o marido da filha ou neta.*

*IV - Desamparo do filho ou neto em alienação mental, ou grave enfermidade.”*

A análise dos referidos excertos normativos denota a grande influência recebida das hipóteses de deserdação previstas por Justiniano, ainda que por via reflexa das Ordenações portuguesas; nestes casos, tal como no regramento romano, as hipóteses também se tratavam de rol taxativo, inadmitindo ampliações por analogia.<sup>192</sup>

Inspirando-se na *actio ad supplendam legitimam*, mas inovando quanto ao direito anterior,<sup>193</sup> o Código de 1916 também trouxe mecanismo de adequação das disposições testamentárias à reserva legitimária, quando se lhe excedessem, estatuindo:

<sup>192</sup> Cf., dentre outros, C. BEVILÁQUA, *Código Civil*, cit., p. 168.

<sup>193</sup> Cf., dentre outros, C. BEVILÁQUA, *Código Civil*, cit., p. 149.

“Art. 1.727 - As disposições que excederem a metade disponível, reduzir-se-ão aos limites dela, em conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§1º. Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão, proporcionalmente, reduzidas as cotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§2º. Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se, a seu respeito, a ordem estabelecida no parágrafo anterior.”

A nulidade do testamento por desrespeito à legítima, conforme o Código Civil de 1916, da mesma forma que nas Ordenações, deveria ser arguida no âmbito do processo de inventário - ainda regrado pelo edito filipino - não tendo o Código incorporado um procedimento específico do jaez da *querela inofficiosi testamenti*.

Cumprido observar, entretanto, o acalorado debate suscitado no Congresso Nacional quanto à permanência ou não da legítima como limitação à liberdade de testar.

O sistema da liberdade testamentária irrestrita é típico da tradição jurídica anglo-americana; entretanto, tal não significa que não encontre aplicação nos países de tradição romano-germânica.

Caso emblemático, nesse sentido, é o do Código Civil Federal do México de 1884 que, influenciado por seu vizinho estadunidense, adotou a liberdade plena de testar, abolindo-se definitivamente a legítima - disposição mantida até hoje no art. 1.283 do Código de 1928. Nesse sentido, o México foi seguido por vários países da América Central, como Honduras, Guatemala e Costa Rica.<sup>194</sup>

Nesta toada se posicionou o Senado Federal, ao emendar o projeto de Código oriundo da Câmara dos Deputados.

Os principais argumentos utilizados pelos defensores da abolição da legítima - chefiados por Coelho Rodrigues, autor de projeto de codificação anterior<sup>195</sup> - conforme nos informa Carvalho Santos,<sup>196</sup> eram os seguintes:

a) o direito de testar livremente é uma simples aplicação do direito de livre disposição, atribuído ao proprietário. Se a pessoa pode dispor do que é seu, durante a vida, com a maior liberdade, não há razão para que se lhe proíba adiar os efeitos da transmissão da propriedade para depois da morte. (...). b) o direito de testar é um consectário lógico da liberdade do exercício do direito de propriedade que a Constituição assegura. (...). c) a herança forçosa é uma injusta restrição à liberdade individual. (...). d) a liberdade de testar suprime a autoridade paterna, ao mesmo tempo em que inibe o pai de recompensar ou de punir. (...). e) a liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, enquanto que a expectativa de uma herança, em regra,

194 Cf., dentre outros, C. BEVILÁQUA, *Código Civil*, cit., p. 10.

195 Cf., dentre outros, C. MAXIMILIANO, *Direito das sucessões*, cit., p. 365.

196 *Código Civil Brasileiro interpretado*, v. XXII: *Direito das sucessões (Arts. 1.572 - 1.631)*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, pp. 33-36.

*gera o vício e a ociosidade. Desenvolve a iniciativa individual, porque, não podendo o indivíduo contar com a herança, estimulado pela necessidade, há de desenvolver as suas energias e dedicar-se ao trabalho.*

Tais argumentos, rechaçados, como se viu, pela Câmara, foram também contraditados por grandes juristas.

O próprio Clóvis Beviláqua teceu-lhe veemente oposição, afirmando, dentre outras coisas:<sup>197</sup>

*“Não é certo que o proprietário goze de um direito absoluto de disposição. O seu direito sofre restrições impostas pela necessidade da vida social. Aos pródigos, se impõem curadores; as doações, sem reserva de renda ou parte suficiente para a subsistência do doador, são proibidas. Por outro lado, o indivíduo não pode fugir à obrigação de prestar alimentos a certos parentes mais próximos. Não se trata o direito de propriedade, de modo diverso, quando se limita a liberdade de testar, com a intenção de favorecer os descendentes e os ascendentes do indivíduo, aos quais tinha êle o dever iniludível de prestar todo o auxílio. E não pretende a lei tirar ao proprietário o direito de dispor de seus bens para depois de sua morte. Apenas, velando pela sorte dos filhos e dos ascendentes, não permite que a liberalidade em benefício de outros absorva a totalidade dos bens.”*

No mesmo sentido é a ponderação de Carlos Maximiliano:<sup>198</sup>

*“Não têm nada que ver as instituições políticas, o regime republicano, com o direito de testar: república democrática em toda acepção da palavra é a França, libérrima a Suíça; entretanto uma e outra instituíram a sucessão obrigatória dos descendentes. Não há liberdade absoluta; é toda ela condicionada, regulada de acôrdo com a Moral e os bons-costumes: a lei estabelece a modalidade, obrigatória, dos atos jurídicos, regras sôbre doações, regime dos bens no casamento, direitos e deveres entre cônjuges. A sucessão é um modo de transmitir bens, que as normas jurídicas regulam. Contrasta com os ditames da Moral social a conduta do ascendente que destitui da herança o descendente sem motivo justo; e como a reciprocidade é da essência do Direito das Sucessões, não se deve permitir que o filho não deixe nada para o seu pai. (...) O Direito das Sucessões compõe-se de três elementos - individual, familiar e social; de preferência, consulta ao primeiro a liberdade plena de testar. Êste impulso individualista, expansão do egoísmo, abrande-se e modifica-se pela ação do meio familiar e social. (...) O uso absoluto da prerrogativa ora em aprêço constitui flagrante violação dos deveres de família. A sucessão forçada - Noterbe, a legítima, a reserva hereditária, no conceito de Vadalá Papale, foi instituída para limitar o arbítrio do pai, que muitas vêzes de modo injustificado, não atende às necessidades, nem aos méritos dos filhos. Com distribuir de modo equânime e sensato a quota disponível, já êle premeia excelências de caráter e provas de afeto, bem como atende às necessidades individuais dando menos ao que mais aufere do trabalho próprio ou da fortuna trazida pelo cônjuge. Não tem razão, portanto, os que vêem no sistema da liberdade limitada a injusta igualdade obrigatória das partilhas. Esta persiste se o de cujus assim determinou, ou se absteve de usar do direito de dar mais ou que mais merece ou de mais precisa, ou clausular a legítima do perdulário, negligente ou mau.”*

<sup>197</sup> Código Civil, cit., pp. 12-13.

<sup>198</sup> Direito das sucessões, cit., pp. 366-368.

Desnecessário dizer, portanto, que esta posição, também chamada de “liberdade limitada de testar”, foi a prevalecente, não só no Código de 1916, mas também em seu sucessor de 2002, como se verá a seguir.

Vigente a partir de 2003, mas com projeto datado da década de 1970, o Código Civil de 2002 deixa a desejar, em muitos aspectos, quando confrontado com a realidade do século XXI.

No direito das sucessões, e, especificamente para o escopo deste estudo, o atual diploma mostra-se ambíguo.

Antes, porém, de se ilustrar tal dualidade, importa consignar que, em matéria de legítima (art. 1.789), de causas ensejadoras da deserdação (arts. 1.961 e 1.962),<sup>199</sup> redução das disposições testamentárias (art. 1.967), e da tutela do direito de herdeiros necessários eventualmente preteridos ou injustamente deserdados (por processo de inventário e partilha), o Código de 2002 - a par de poucos aspectos processuais envolvendo o inventário - é praticamente idêntico a seu antecessor.<sup>200</sup>

O diferencial da nova legislação está, precisamente, na qualificação dos herdeiros necessários.

Se, por um lado, o Código representou um avanço em relação a seus predecessores ao alçar o cônjuge a herdeiro necessário<sup>201</sup> (art. 1.845); não deixou de imprimir a marca ultrapassada do tempo de sua idealização ao disciplinar a sucessão do companheiro de maneira totalmente diversa da do cônjuge (art. 1.790), bem como deixou de mencioná-lo no art. 1.845 como herdeiro necessário.

Não por acaso, as disposições dos arts. 1.790 e 1.845 foram submetidas ao controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que assentou a tese de que “no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”<sup>202</sup>

Nestes termos, assim se configura a atual conjuntura da legítima no direito sucessório brasileiro: por força do art. 1.789, a legítima é fixa em metade do patrimônio do *de cujus*, e de titularidade dos herdeiros necessários, que são, sucessivamente, nos termos do art.

199 À exceção, neste caso, do artigo inciso III do art. 1.744 do Código Civil de 1916, que não foi reproduzido pelo atual.

200 Desse mister ocupou-se a lei processual, nomeadamente o art. 627, III, do Código de Processo Civil de 2015: “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: (...) III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.” O §3º do mesmo dispositivo consigna que, caso tal questão demande prova mais complexa que a documental, o juiz deverá remeter a parte “às vias ordinárias”, cautelarmente sobrestando a entrega, ao herdeiro impugnado, do quinhão da partilha até o julgamento daquele feito.

201 A consagração do cônjuge enquanto herdeiro necessário representou o acúmen de um processo de proteção sucessória do cônjuge - ou melhor, da cônjuge - iniciado com as normas de direito internacional privado (art. 134 da Constituição Federal de 1934 e LICC), que garantiam a aplicação da lei estrangeira ao cônjuge brasileiro, quando lhe fosse mais favorável; e que perpassou a instituição e garantia de direitos reais *post mortem* ao cônjuge como o usufruto vital e a habitação, previstos pela Lei de Proteção à Família (Decreto-lei nº 3.200/41) e pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62). Também a Lei de Reconhecimento de Filhos Ilegítimos (Lei nº 883/49) conferiu a condição de herdeira necessária à cônjuge em concorrência com os filhos ilegítimos do *de cujus*.

202 Tema 809 de Repercussão Geral. STF, Tribunal Pleno, RE nº 878.694/MG (*leading case*), Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10.05.2017, DJe 06.12.2018.

1.845, os descendentes, os ascendentes, e o cônjuge, além, por força de interpretação jurisprudencial, do companheiro. As hipóteses de deserdação justa, tais como no Código de 1916, são por ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com consortes, e desamparo em caso de alienação mental ou enfermidade; entre ascendentes e descendentes, e vice-versa.

## CONCLUSÃO

Como visto, portanto, a reserva patrimonial legítima disposta no art. 1.789 do Código Civil Brasileiro deriva de um longo processo de evolução da experiência jurídica romana, marcada, inicialmente, por uma quase irrestrita liberdade de disposição patrimonial por parte do *paterfamilias*.

Ainda no período republicano, algumas limitações à disposição de legados são levadas a cabo pelas *leges Furia, Voconia e Falcidia*, sendo esta última a responsável pela criação de uma quota indisponível fixa em um quarto do patrimônio hereditário – donde se cristalizou o termo “*quarta Falcidia*”.

Para além disso, no período imperial, os jurisconsultos divisam a *querela inofficiosi testamenti* como o instrumento processual hábil a anular um testamento que tenha desprestigiado por completo os *sui heredes* do testador, por intermédio de expediente interpretativo segundo o qual o causante, ao proceder de modo tão temerário, estaria temporariamente fora de si (*color insaniae*), razão pela qual as tábuas testamentárias estariam inquinadas de nulidade.

No período pós-clássico e justinianeu, *quarta Falcidia* e *querela inofficiosi testamenti* dão azo à formação de uma *portio debita* variável, segundo Justiniano, em função do número de filhos do causante: até quatro filhos, a quota indisponível seria igual a um terço do patrimônio hereditário; se mais de quatro filhos, o testador somente poderia dispor da metade. Nos sucessivos ordenamentos ibéricos posteriores à queda de Roma, foi mantida a legítima em maior ou menor grau: dos quatro quintos do Código Visigótico a dois terços das Ordenações do Reino de Portugal – regime este que permaneceu em vigor no Brasil até a promulgação da “Lei Feliciano Penna” (Decreto nº 1.839/1907), que reduziu a legítima à metade dos bens do testador.

No curso do processo legislativo do Código de 1916, houve, como se viu, a tentativa de abolição do sistema de legítimas por emendas feitas ao Projeto de Beviláqua pelo Senado Federal – o que, entretanto, acabou não prevalecendo aquando do retorno do feito à Câmara.

No Código atual, manteve-se, tal como no Código pretérito, a legítima correspondente à metade do patrimônio do causante, com destaque para o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema Repetitivo nº 809, alçando o companheiro também à categoria de herdeiro necessário, sob o mesmo regime do cônjuge.

## REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Lições de história do Direito Romano, peninsular e português**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ALBANESE, Bernardo. Osservazione su XII tab. V,3 ('uti legassit... ita ius esto'). **AUPA 45**

(1998), pp. 35-66.

AMELOTTI, Mario. Testamento, in **Enciclopedia del Diritto**, XLIV (1992).

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio. **Breviarium Iuris Romani**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1967.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. 14ª ed. Napoli, Jovene: 1974.

ARCES, Pierfrancesco. Riflessioni sulla norma "uti legassit" (Tab. V. 3). **Rivista di Diritto Romano** – Periodico di Diritto Romano, di Diritti Antichi e della Tradizione Romanistica Medioevale e Moderna 4 (2004).

ARCES, Pierfrancesco. **Studi sul disporre mortis causa – Dall'età decemvirale al diritto classico**. Milano: LED, 2013.

AZZARITI, Giuseppe. Successione (diritto civile): successione testamentaria. **Novissimo digesto italiano**, XVIII (1957), pp. 805-862.

BAKER, John H. **An Introduction to the English Legal History**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. Philadelphia: American Philosophical Society, 1953.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, v. VI. 10ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Rio, 1983. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1972.

BLEICKEN, Jochen. **Augustus: eine Biographie**, 1998, trad. ingl. de A. Bell, Augustus: the biography. London: Penguin Random House, 2016.

BONFANTE, Pietro. **Corso di diritto romano**. v. 6. Milano: Giuffrè, 1974.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano**. 8ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1925.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. **História do direito português**. Coimbra: datilografado por João Arantes, 1955.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. **Obras esparsas, v. IV: Estudos doutrinários e sociais**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1985.

BRETONE, Mario. **I fundamenti del diritto romano – Le cose e la natura**. Roma: Laterza, 1998.

CABRAL DE MONCADA, Luís de. **A Reserva Hereditária no Direito Romano, Peninsular e Português**, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1919.

CAETANO, Marcello. **História do direito português**. 4ª ed. Lisboa: Verbo, 2000.

CALDOGNO, Alberto Rasi; TRABUCCHI, Alberto. Successione (diritto civile): sucessione legitima. **Novissimo Digesto Italiano**, XVIII (1957), pp. 765-786.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro interpretado, v. XXII: Direito das sucessões** (Arts. 1.572 - 1.631). 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

CHAMPLIN, Edward. **Last judgments: duty and emotion in Roman wills, 200 B.C. - A.**

**D. 250**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1991.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. **O estoicismo no Direito Romano**, Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1950.

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro, v. 1**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano; CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. **Manual de Direito Romano, v. II: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

D'ORS, Alvaro. **Derecho privado romano**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

D'ORS, Alvaro. **El Código de Eurico, in Estudios Visigóticos, v. II**. Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **A liberdade de testar e a quota legitimária no direito português: em especial, o confronto do regime do Código Civil de 1867 com a evolução subsequente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DE CUPIS, Adriano. Successione ereditaria (diritto privato). **Enciclopedia del Diritto**, XLIII, 1990, pp. 1257-1268.

DE CUPIS, Adriano. Successione nei diritti e negli obblighi. **Enciclopedia del Diritto**, XLIII, 1990, pp. 1250-1257.

DE CUPIS, Adriano. Successione testamentaria. **Enciclopedia del Diritto**, XLIII, 1990, pp. 1378-1384.

LOURDES, Rosa Maria de. **O morgadio em Portugal, sécs. XIV - XV: Modelos e práticas de comportamento linhagístico**. Lisboa: Editorial Estampa, 1995.

MONTAGUT ESTRASGUÉS, Tomás de. El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes. **Anuario de historia del derecho español**, 62, 1992, pp. 240-288.

PROENÇA, José João Gonçalves de. **Natureza jurídica da legítima**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2010.

DELGADO DA SILVA, António. **Colecção da legislação portuguesa desde a última compilação das ordenações: legislação de 1775 a 1790**. Lisboa: Typografia Maignrense, 1828.

DI LELLA, Luigi. Successione necessaria (diritto romano). **Enciclopedia del Diritto**, XLIII, 1990, pp. 1338-1348.

DI OTTAVIO, Daniela. **‘Uti legassit’... ‘ita ius esto’ – Alle radici della successione testamentaria in diritto romano**. Napoli: Jovene, 2016.

EARL, Donald. **The moral and political tradition of Rome**. Ithaca: Cornell University Press, 1967.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. **Apontamentos para a história do direito das sucessões português**. Lisboa: Universitas Olisiponensis, 1963.

GAUDEMET, Jean. «Uti legassit...»: XII Tables 5, 3. **H. ZEHNACKER – G. HENTZ (ed.)**, Hommages a Robert Schilling, Paris, Les Belles Letres, 1984, pp. 109-117.

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. Paris: Arthur Rousseau, 1929.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do direito português: fontes de direito**. 5ª ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2011.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. GROSSO, Giuseppe. **I legati**. Torino: Giappichelli, 1953.

GUARINO, Antonio. **Diritto privato romano**. 12ª ed. Napoli: Jovene, 2001. HAENEL, Gustav (org.). **Lex romana visigothorum**. 1ª ed. Aalen: Scientia, 1962.

HIRSCH, Adam J. Freedom of testation/ freedom of contract. **95 Minn. Law Rev** (2011), p. 2180.

KASER, Max. **Römisches privatrecht**. München, 1992, trad. port. de S. Rodrigues e F. Hammérle, Direito privado romano, 2ª ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2011.

KÖRPOLA, Mia; LAHTINEN, Anu (orgs.). **Planning for death: wills and death-related arrangements in Europe 1200-1600**. Leiden: Koninklijke Brill, 2018.

LEIST, Burkard Wilhelm. **Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung**. Göttingen: Bandenhoed und Ruprecht, 1844.

MAGDELAIN, André. Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables. **H. ZEHNACKER – G. HENTZ (ed.)**, Hommages a Robert Schilling. Paris: Les Belles Letres, 1984, pp. 159-175.

MAGDELAIN, André. Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables. **Jus Imperium Auctoritas – Études de droit romain**. Rome: École Française de Rome, 1990, pp. 659-677.

MARGADANT S., Guillermo Floris. **Derecho privado romano**. 16ª ed. Nacalpan: Editorial Esfinge, 1989.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MAYNZ, Charles Gustave. **Cours de droit romain**, t. III. 5ª ed. Bruxelles: Bruylant- Christophe, 1891.

MERÊA, Paulo. **Estudos de Direito Visigótico**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1948.

MOMMSEN, Theodor. **Römische Geschichte**, 1854, trad. ingl. de W. P. Dickson, The History of Rome. New York: Charles Scribner's Sons, 1895.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. NICHOLAS, Barry. **An introduction to Roman law**. Oxford: Oxford University Press, 1962.

NONATO, Orozimbo. **Estudos sôbre sucessão testamentária**, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Manual de Direito Civil – Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Direito das Sucessões. Sucessões em Geral. Sucessão legítima** - Tomo LV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Direito das Sucessões. Sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados** - Tomo LVI, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

QUERZOLI, Serena. **I testamenta e gli officia pietatis: Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi**. Napoli: Loffredo, 2000.

RUSSEL, Bertrand Arthur William. **Wisdom of the West**, 1959, trad. port. de L. Alves e A. Rebello, História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein, 21ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SCHULZ, Fritz. **Classical Roman Law**. 2ª ed. Aalen: Scientia, 1992. TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1990.

TAMBURRINO, Giuseppe. Successione legítima (diritto privado). **Enciclopedia del Diritto**, XLIII, 1990, pp. 1323-1338.

TAMBURRINO, Giuseppe. Successione necessaria (diritto privado). **Enciclopedia del Diritto**, XLIII, 1990, pp. 1348-1377.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.