

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Pelo Dr. LUIZ HENRIQUE QUARESMA FERREIRA

INTRODUÇÃO

SABEMOS que, quando uma pessoa se fina, os seus bens e direitos não ficam ao abandono, constituindo propriedade do primeiro ocupante. Antes, pelo contrário, vão ingressar na esfera jurídico-patrimonial de determinada ou determinadas pessoas, que, em relação ao de *cuius*, se chamam herdeiros ou legatários.

Cabe a designação de herdeiro, àquele que sucede em todo o património do de *cuius*, ou em uma fracção aritmética do mesmo; legatário, ao que sucede em direitos ou valores determinados.

Os herdeiros e legatários podem ser instituídos por um acto de vontade do defunto, testamento, e assim temos a sucessão testamentária; ou, então, é a própria lei que traça uma ordem de sucessíveis, atendendo à presumida vontade do *de cuius*, e chamando à sucessão aquelas pessoas que com o autor da herança estão em relação mais íntima, por entre um e outros existir a afeição natural, derivada do parentesco.

Esta última espécie de sucessão é a sucessão legítima, deferida pela lei, também chamada *ab intestado*, dada a ausência de testamento.

Apenas, na sucessão testamentária, os instituídos podem ser legatários, visto que na sucessão legítima há simplesmente casos

de herança. É o que se infere do art. 1.968.º, onde se fala expressamente em herdeiros legítimos e não em sucessores legítimos e do art. 1.736.º, que, ao definir legatário, se refere apenas à sucessão testamentária.

Além destas duas espécies de sucessão, que vimos mencionando, fala-se ainda em sucessão legitimária, a que também se dá o nome de necessária ou forçada. Refere-se-lhe o art. 1.784.º, que determina não poder o autor da herança dispor de certos bens, legítima, por serem aplicados pela lei aos herdeiros em linha recta, descendente ou ascendente. Porém, a sucessão legitimária, mais não é que uma espécie particular de sucessão legítima.

Para o estudo da representação interessa sobretudo esta, por ser nela e exclusivamente que se integra o direito de representação.

Tal não aconteceria, se tivéssemos de fazer o estudo em face do Código Civil Italiano, que admite a representação, também, na sucessão testamentária, art. 12.º § 2.º

Não quer dizer que uma vez ou outra se não torne necessário, para melhor compreensão da matéria, mencionar outros preceitos, designadamente dos que regulam a sucessão testamentária. Todavia, a nossa lei é expressa em afastar a sucessão representativa nesta espécie de sucessão. O art. 1.759.º n.º 1, exclui-a no caso predefinição e o n.º 3, referindo-se a incapazes, abrange tanto o caso de indignidade como o de ausência. No mesmo sentido, temos os preceitos dos arts. 1.852.º e 1.858.º

É, pois, da sucessão legítima que temos de tratar mais de perto, para, finalmente, chegarmos ao direito de representação.

Como dissemos, é a sucessão deferida pela lei, quando o autor da herança não tenha disposto de seus bens, ou dispôs só em parte, ou havendo disposto, o testamento for anulado ou caducar, art. 1.968.º Desta disposição ressalta o carácter de dependência da sucessão legítima, em relação à testamentária, o que leva alguns autores a dizer que uma é a regra e a outra excepção.

O art. 1.969.º estabelece a ordem dos herdeiros chamados à sucessão. É a ordem dos sucessíveis, cujas linhas gerais se mantêm há muito. No entanto, quanto aos 3.º e 4.º grupos, tem-se

discutido largamente qual deve ter a preferência. A partir de 1910, o cônjuge sobrevivente passou a ter preferência aos irmãos e sobrinhos do *de cuius*; pela Reforma de 1930 voltou-se novamente ao sistema de 1867, em que os irmãos e seus descendentes preferem ao cônjuge sobrevivente. Adoptou-se, contudo, uma solução eclética, a qual consiste no seguinte: quando, à morte do autor da herança, lhe não sobreviverem parentes do 1.º ou 2.º grupo sucessório, mas só do 3.º e cônjuge, este haverá o usufruto da herança, § único do art. 2.003.º, e àqueles é atribuída a propriedade, art. 2.000.º. É a solução mais justa, porquanto, se por um lado não afasta o cônjuge supersistente da sucessão, por outro evita que à sua morte os bens passem para os seus parentes, com prejuízo dos parentes do *de cuius*.

Até à Reforma de 1930, ainda foi objecto de discussão o problema de saber se, enquanto existissem pessoas de um dos grupos do art. 1.969.º, podiam herdar pessoas de algum grupo seguinte. A interpretação foi no sentido de que a preferência de grupo é absoluta. Assim, só vêm à sucessão pessoas do 2.º grupo, quando não houver nenhum parente do 1.º. Se, por exemplo, ao *de cuius* sobreviverem o pai, parente de 1.º grau e netos, parentes do 2.º grau, são estes que herdam e não aquele.

É o primeiro grande princípio, ou regra, da técnica da sucessão legítima. Mas além deste e nele inserto, um outro princípio se nos depara, cuja importância se torna desnecessário engrandecer. Sem ele, o art. 1.969.º daria lugar a sérias dúvidas. Referimo-nos à regra consignada no art. 1.970.º. O parente mais próximo em grau excluirá, dentro de cada grupo a que se refere o artigo anterior, o mais remoto.

Se no grupo chamado à sucessão houvesse um único parente, ou vários, mas no mesmo grau, as dificuldades não surgiam. A herança era deferida ao único parente, no primeiro caso, e dividida em partes iguais, pelos parentes do mesmo grau, no segundo, art. 1.971.º

Ora, o mais frequente é estarem compreendidos dentro de cada grupo parentes de grau diverso (referimo-nos, como é óbvio, aos 1.º, 2.º, 3.º e 5.º grupos). E como não seria justo que a herança se deferisse a todos os parentes do mesmo grupo, quando estes são de grau diverso, visto a proximidade de grau

ser o índice por que se afere o affecto de *de cuius*, eis como surge a necessidade de um novo critério de preferências, para a determinação de quem deve herdar, em semelhantes hipóteses. De harmonia com o exposto, se A morre, sobrevivendo-lhe filhos, netos e bisnetos, apenas os primeiros recebem herança.

Mas este princípio do art. 1.970.º, já não é absoluto. Vamos encontrar outros, que com êle temos de conjugar. Primeiro, o melhor tratamento que a lei dá ao parentesco legítimo; depois, o princípio da representação, que o próprio art. 1.970.º ressalva, na sua parte final.

Quanto ao melhor tratamento que a lei dispensa aos parentes legítimos, esse tratamento de favor varia, consoante o grupo sucessório que considerarmos.

No primeiro, descendentes, o melhor tratamento dos parentes legítimos não afasta o princípio da proximidade de grau. O melhor tratamento traduz-se, neste caso, em maior quinhão na herança — unidade para os legítimos ou sua estirpe, 2/3 para os ilegítimos ou sua estirpe — art. 1.785.º

Na classe dos ascendentes, ainda a preferêncía que advem da proximidade de grau, não é afastada pela ilegitimidade do parentesco. A nossa lei, no art. 1.995.º, determina que, no caso de o filho ilegítimo falecer sem posteridade, sobrevivendo-lhe consorte, este haverá o usufruto de metade da herança, enquanto vivo for. Verifica-se, portanto, o concurso do cônjuge sobrevivente ao usufruto de metade da herança, o que não aconteceria se se tratasse de um filho legítimo, pois, nesta hipótese, a herança seria devolvida por inteiro a seu pai e sua mãe, ou só a um deles, se o outro não existisse.

Finalmente, nos 3.º e 5.º grupos, as coisas passam-se agora de maneira diferente. O melhor tratamento dado aos parentes legítimos é mais forte: consiste em excluir, pura e simplesmente, os ilegítimos — arts. 2.000.º, § único. O princípio da preferêncía de grau está aqui subordinado ao princípio da legitimidade do parentesco.

Dissemos, também, que faz excepção à regra do art. 1.970.º, o princípio da representação, a que o próprio artigo se refere na sua parte final. Para abarcarmos a questão, em toda a sua plenitude, supponhamos um exemplo: A, autor da herança, morre,

sobrevive-lhe um filho, B, e três netos, D, E, F, filhos de um outro seu filho, C, pré-morto.

Se, dentro de cada grupo sucessório, o parente mais próximo em grau exclui o mais remoto, D, E, e F, são excluídos da sucessão por B, que é parente do primeiro grau.

Ora, esta consequência é contrária ao espírito que informa a sucessão legítima. Com efeito, baseando-se ela na presumida vontade do *de cuius*, tendo em vista a afeição que lhe merecem os seus parentes mais chegados, iriam excluir-se da sucessão pessoas por quem o autor da herança não podia deixar de ter aquele amor e dedicação, que se consagra aos próprios filhos.

É o que se passa, no que diz respeito à pré-morte, passa-se também no caso de ausência ou indignidade do descendente. Com efeito, se suposermos, no exemplo acima citado, a existência de mais dois filhos, um ausente e outro indigno, cada um deles com descendentes, chegamos a esta conclusão: O ausente é insucessível, por não se verificar quanto a ele o requisito «existência», exigido no art. 1.776.º, que, por força do art. 1.978.º, se aplica à sucessão legítima e ainda por força da disposição expressa do art. 72.º; o indigno, está igualmente privado do seu direito à herança, art. 1.749.º Continua, portanto, a haver na sucessão de A, um único herdeiro, que é B.

Ora, é para obviar a este estado de coisas, que se impõe uma medida justa, concedendo aos filhos do pré-morto, do ausente e do indigno, a possibilidade de virem à sucessão de A, não permitindo que, além da fatalidade de perderem seu pai, como na hipótese de pré-morte e ausência, ou em virtude de um acto delituoso do ascendente, que injustamente se iria reflectir nos filhos, se vissem escoraçados de uma sucessão, de que uma parte lhes viria a pertencer por via de transmissão, confundida com os outros bens de seus pais.

É o que se passa, quanto aos descendentes em linha recta, verifica-se, igualmente, no caso de ao *de cuius* sobreviverem apenas irmãos e filhos de irmãos, impossibilitados, pelos mesmos motivos, de virem à sucessão. Em nenhum dos casos seria de presumir que o *de cuius* se pudesse manifestar no sentido de afastar aquelas pessoas da sua sucessão, quanto é certo que,

pelas condições especiais em que se encontram, elas mereceriam toda a sua protecção e carinho.

É, pois, para evitar a injustiça que resultaria da aplicação rigorosa do princípio de que o parente mais próximo em grau exclui o mais remoto, que surge o instituto da representação, fazendo com que, ao lado de parentes de grau mais próximo do 1.º ou 3.º grupo sucessório, venham à sucessão descendentes de parentes do mesmo grau, faltosos ou indignos.

Façamos agora uma resenha histórica do instituto da representação, acompanhando o seu desenvolvimento até ao direito moderno.

Assim, recuando ao direito romano, aí vamos encontrar a sua origem, como necessidade no deferimento das sucessões.

DIREITO ROMANO

a) — *Lei das XII Tábuas.*

Segundo a opinião da generalidade dos autores, que se têm ocupado do assunto, o instituto da representação tem as suas origens no direito romano mais antigo. É certo que o direito romano não teve uma organização completa de normas sobre esta matéria. Porém, regulando a correspondente situação jurídica, chegou, sobretudo no direito justiniano, a resultados que coincidem com os que procedem do funcionamento das disposições, nas quais se enquadra a representação.

Já na Lei das XII Tábuas, nós vamos encontrar consagrada a *successio in stirpes*.

A devolução da herança fazia-se, na falta de testamento, aos *sui heredes* com exclusão de quaisquer outros herdeiros — Tábua V, 4 «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*».

A herança era dividida entre eles, em partes iguais, quando estavam todos no mesmo grau. Porém, quando algum era pré-

morto, ou excluído da família por emancipação ou *capitis deminutio*, tendo no entanto descendentes, estes continuavam sob a *pátria potestas* do avô, tornando-se *sui heredes*, e vinham à sua sucessão, *per stirpes*. Quer dizer, se os *sui* eram todos do 1.º grau, a divisão da herança fazia-se entre eles «per capita»; se ao lado de *sui* do 1.º grau concorriam à herança *sui heredes* do 2.º, havia lugar à *successio per stirpes* cabendo aos *sui* do 2.º grau, descendentes do pré-morto, do emancipado ou do *capite deminuto*, a parte que a estes pertenceria, se tivessem sucedido.

É isto mesmo que nos diz Ulpiano, na seguinte passagem: «Si defuncti sit filius et ex altero filio mortuo jam nepos unus vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet; non ut in capita dividatur sed in stirpes, id est ut filius solus mediam partem habeat, et nepotes quotquot sunt alteram dimidiam: aequum est enim nepotes in patris sui locum succedere et eam partem habere quam pater eorum, si viveret, habiturus esset».

Poderíamos citar, neste sentido, passagens de outros juriconsultos romanos, como Gaio e Paulo, que se referem à *successio per stirpes* no caso de não haver *sui heredes* do 1.º grau, ou haver concurso de *sui* do 1.º com *sui* do 2.º, descendentes de *sui* do 1.º grau, pré-mortos, emancipados ou *capite deminuti*.

Segundo Renato Todaro, no seu estudo «Sul Diritto de Rappresentazione», a *successio in stirpes* representa um favor concedido aos *sui* do 1.º grau, pois deferindo-se a herança *per stirpes* eles não vêm reduzida a sua quota hereditária, pelo concurso de *sui heredes* de grau mais afastado.

b) — Época clássica: Direito pretório.

Oferecem-se-nos, neste período, modificações importantes em matéria de direito sucessório. Ao lado da legislação civil, vem-se formando um novo direito, *jus praetorium*, que, relativamente à sucessão legítima, introduz profundas alterações. Com o seu amplo poder, «*jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam*», os pretores remodelam completamente o antigo *jus civile*.

Foi através do instituto de *Bonorum possessio*, cuja finalidade se tornou objecto de viva controvérsia entre os romanistas, que eles constituíram um novo sistema sucessório.

A *Bonorum possessio*, em que alguns quiseram ver apenas um meio de efectivar em juízo a *hereditatis petitio*, foi a esta igualada pelo o imperador Diocleciano e constituiu, ao lado do sistema sucessório do direito civil, uma verdadeira sucessão pretória.

Os filhos emancipados, foram igualados aos *sui heredes*, para efeitos sucessórios. E não só os filhos emancipados, mas também os seus descendentes, sucediam na herança dos ascendentes; os primeiros, pelo direito pretório, os segundos pelo direito civil, cabendo metade da quota hereditária a uns e outra metade aos outros. E o direito, reconhecido aos emancipados, foi ainda concedido aos adoptados.

Além disso, foram reconhecidos os direitos dos parentes por linha feminina e os direitos de sucessão recíprocos entre mãe e filhos.

É mantida a *successio per stirpes*, sendo os emancipados obrigados a conferir na massa hereditária os bens que em nome próprio tenham adquirido, «colatio bonorum», a fim de corrigir a desigualdade que derivaria a seu favor, quando concorriam com os *sui heredes*, que sempre se tinham conservado sob a *pátria potestas*, e por conseguinte, impossibilitados de adquirir quaisquer bens. Pelo mesmo motivo, foi instituída a *colatio dotis*, para a filha casada, e quer o dote derivasse do património paterno, quer de terceiro.

Mas a reforma que se nos afigura de maior interesse, é a dos imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio, que reconheceram aos filhos, o direito de substituir sua mãe, pré-morta, na sucessão dos avós.

É a tendência, que cada vez mais se vai acentuando, para atribuir maior relevância à cognação, estendendo a *successio per stirpes* a casos em que até aí não tinha aplicação, mas que a equidade e a afeição derivada dos laços de sangue, tornam exigível. Todavia, esta evolução só se ultima no período imediato, com a reforma do direito sucessório, feita por Justiniano.

c) — *Época post-clássica: Direito Justinianeu.*

Somos assim chegados à legislação justiniana, no domínio da qual se introduziram novas e importantes modificações no direito sucessório. Convém no entanto acrescentar, que entre as múltiplas Novelas do imperador Justiniano, as que mais nos interessam são as Novelas 118 e 127. A primeira, principalmente, é de importância primacial, pois constitui quase o texto único, sobre direito sucessório. Começa ela por dizer as razões do seu aparecimento: suprimir o grande número de leis existentes sobre a matéria, leis frequentemente contraditórias.

Distingue três classes de sucessíveis: descendentes, ascendentes e colaterais.

No Cap. I trata dos descendentes, que têm preferência absoluta sobre os dois grupos seguintes. Os filhos são chamados à sucessão, sem distinção de sexo e quer se encontrem sob a pátria *potestas*, quer sejam emancipados. Entre eles, opera-se a divisão da herança, *per capita*; mas se algum é pré-morto e deixa descendentes, estes são chamados à herança do *de cuius*, sucedendo *per stirpes* e cabendo-lhes o quinhão da herança que receberia seu pai, se vivo fosse. — «*Tantum accipientes partem, quantum eorum parens, si viveret, habuisset*».

Nos Cap. II e III, regula-se, respectivamente, a sucessão dos ascendentes e colaterais. Relativamente a estes últimos, estabelece-se-lhes o privilégio de serem chamados à herança, — «*ut in suorum parentum iura succedant*».

Finalmente, no Cap. IV, impede-se aos agnados todo e qualquer privilégio sucessório.

E voltando, depois, a Novela 127 a tratar da sucessão na linha colateral, concede também aos netos *ex fratre*, o direito à sucessão, no caso de concorrerem com ascendentes (irmãos do *de cuius*).

Do que deixamos dito pode concluir-se que, não sendo a *successio in stirpes* inovação de Justiniano, e neste sentido poderíamos citar inúmeras passagens das Novelas, em que se fazem referências ao Direito antigo, ele alargou consideravelmente o

seu campo de aplicação, aumentando assim os casos em que ela tem lugar.

É o terminus da evolução que, como dissemos anteriormente, cada vez mais se vinha acentuando.

DIREITO INTERMÉDIO

Examinados os textos romanos, não nos aparece neles qualquer referência a direito de representação. Não é possível dizer exactamente quando esta expressão entrou a vigorar, mas inclinamo-nos para a hipótese de ter sido o direito intermédio que primeiro a usou, em substituição da *successio per stirpes* romana.

Os escritores medievais, consideraram, como princípio absoluto da sucessão *ab intestado*, o princípio da proximidade de grau. Porém, como a equidade aconselhava desvios a esse princípio, e o direito de representação o contradizia, socorreram-se, para o salvar, do conceito de ficção legal.

Neste sentido, ou tomavam o representante e representado como a mesma pessoa, pressupondo vivo o segundo e considerando o primeiro como representante em sentido técnico, ou então, e com o mesmo fim de não prejudicar o princípio da proximidade de grau, afirmava-se pertencerem ambos ao mesmo grau de parentesco, quando na realidade assim não acontecia.

Podemos dizer que este período, longe de trazer contribuição importante para o desenvolvimento do instituto, foi antes um período de dúvidas e discussões. Ficou célebre a discussão travada entre Azone e Acúrcio, que incidiu sobre a questão de saber se os sobrinhos do *de cuius* sucediam ou não por direito de representação, quando não havia o concurso de irmãos do falecido; do mesmo modo se discutiu se era de admitir a representação na linha recta descendente para além dos bisnetos, dado que as fontes falavam unicamente da *successio in stirpès* dos *nepoti vel pronipoti*; e foi ainda objecto de discussão, o saber se, havendo só descendentes no mesmo grau, em número igual ou desigual dentro de cada estirpe, teria ou não lugar a sucessão representativa.

DIREITO MODERNO

a) — *Direito Francês.*

Não cabe no âmbito do nosso trabalho um estudo pormenorizado do direito de representação, tal qual ele se encontra actualmente consagrado nos vários sistemas jurídicos. Ocupar-nos-emos, simplesmente, daquelas legislações cuja influência mais se fez sentir no nosso direito, e mesmo em relação a estas, falaremos apenas da organização do instituto, nas suas linhas gerais.

Ora, os sistemas jurídicos modernos que mais directamente influenciaram o nosso foram, sem sombra de dúvida, o francês e o italiano. O Código Civil Francês foi até aplicado entre nós em princípios do século XIX, como direito subsidiário, e à semelhança do que nele se contém, art. 739.º, também alguns dos nossos juriconsultos, designadamente Coelho da Rocha e Dias Ferreira, consideraram a representação uma ficção da lei.

Para darmos uma idéia clara do que seja a representação à face do direito francês, não podemos deixar de aludir à legislação costumeira, onde os princípios foram primitivamente definidos, para depois, evoluindo, serem fixados no Código de Napoleão.

LEGISLAÇÃO COSTUMEIRA

Durante muito tempo, a representação não foi admitida na legislação costumeira francesa, sendo até na maior parte dos países costumeiros, completamente ignorada. Em França, segundo Lebrun, a resistência oposta à admissibilidade da sucessão representativa, verificava-se sobretudo nas províncias do norte. No entanto, os costumes que a não admitiam, imaginaram um processo a que, de algum modo, podemos chamar uma espécie de representação, sendo muito semelhante o seu funcionamento e as mesmas as necessidades, que se destinava a satisfazer. É o chamado *rappel à la succession*, acto pelo qual era permitido a uma pessoa ordenar que, no caso de pré-defunção de algum dos seus herdeiros presuntivos, os filhos deste herdeiro o representariam na sua sucessão. Quer dizer, não se estabelecendo

de pleno diritto a representação, deixava-se a cada um o direito e o cuidado de a organizar. Dependia da vontade do *de cuius*, concede-la ou recusá-la, e, como diz Basnage, esta faculdade tornava os filhos mais respeitosos, ao ponto de não contraírem casamento sem consentimento de seu pai, pois, morrendo antes dele, os seus filhos ver-se-iam privados da sucessão do avô.

Mas a verdade é que, sob a influência do direito escrito e também por evolução do *rappel à la succession*, afim de não deixar o direito dos netos à mercê dos avós, a verdadeira representação foi introduzida no direito costumeiro.

Salvo um pequeno número de excepções (Ponthieu, Boulonnais, Artois e Hainaut), a representação na linha recta e *in infinitum*, tornou-se princípio consagrado na grande maioria dos costumes. Quanto à representação na linha colateral, distinguem-se três grupos de costumes: uns, regeitavam-na inteiramente; outros, só a admitiam nos termos da Novela 118, a favor dos sobrinhos e sobrinhas do defunto (Paris e Orleans); finalmente, os compreendidos no terceiro grupo, admitiam a representação na linha colateral, *in infinitum*.

Ordinariamente, exigia-se, como único pressuposto da representação, a pré-morte do representado. Contudo, alguns costumes foram muito mais longe, admitindo-a mesmo no caso de renúncia, como o costume da Normândia.

A representação foi considerada pelos antigos autores franceses, como uma ficção da lei, à excepção de Lebrun, que lhe chamava simplesmente um direito. Esta ideia de ficção foi ainda reproduzida no Código Civil de Napoleão, art. 739.º, concebido nos seguintes termos: «A representação é uma ficção da lei, o efeito da qual é fazer entrar os representantes no lugar, no grau e nos direitos do representado».

Se esta asserção tão arraigada na doutrina francesa, de algum modo é justificada pelos precedentes históricos do direito de representação em França, tal não acontece, quando considerarmos o instituto produto de uma evolução que tem na sua base a *successio per stirpes* do direito romano.

Com efeito, não vemos nas XII Tábuas qualquer ficção quando à herança são chamados directamente os *sui heredes* e os descendentes de um *suus heres* pré-morto — «in locum patris sui succe-

dere». Em ambos os casos temos uma vocação sucessória legal, que existe realmente e sem que seja necessário qualquer fingimento para que os descendentes de grau mais afastado sejam chamados à sucessão, sendo é certo que Justiniano acabou, até, com o princípio da proximidade de grau, na linha recta descendente — «in hoc enim ordine gradum quaeri nolumus».

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS

Podemos muito sumariamente dizer quais os princípios em que assenta o instituto do direito de representação no Código Civil Francês, enumerando-os do seguinte modo :

- 1.º — A representação é uma ficção da lei ;
- 2.º — O direito de representação é admitido *in infinitum*, a favor dos descendentes *ex filio* ou *ex fratre praemortuo* ;
- 3.º — O parente mais próximo em grau exclui o mais remoto ;
- 4.º — Não se representam as pessoas vivas — *repraesentatio nunquam est de persona vivente*.

Os termos absolutos, segundo os quais o princípio da proximidade de grau, é formulado na doutrina francesa, explicam-nos a persistência inabalável, que se verifica ainda, na defesa da representação como ficção legal. É por não quererem admitir excepções ao princípio, que os doutrinários franceses sustentam o seu ponto de vista, apesar de considerarem o representante, ele mesmo e pessoalmente, herdeiro do *de cuius*. Além disso, não sendo do representado, mas unicamente da lei, que o representante deriva a sua vocação e os seus direitos, temos que :

- 1.º — Pode representar-se aquele, a cuja sucessão se renunciou ;
- 2.º — Pode representar-se aquele de cuja sucessão se foi excluído por indignidade ;

Não se representam as pessoas vivas, mas somente as mortas, natural ou civilmente, art. 744.º

De harmonia com esta regra, não é possível a representação do renunciante, art. 787.º, nem do indigno, art. 730.º. A razão que se dá ordinariamente, para justificar a manutenção desta regra, é que o lugar do representado não está vago, pois que ele o ocupa ainda. Admite-se, porém, que os descendentes de um ou de outro venham à sucessão por direito próprio, quando o indigno ou renunciante seja o único parente do seu grau, ou todos os coerdeiros tenham renunciado ou sejam indignos. Todavia, se houver algum parente com direito de representação, já eles não podem suceder.

b) — *Direito Italiano.*

A face do Código Civil italiano de 1865, o direito de representação deixa de ser considerado uma ficção da lei, como até aí era definido por influência da doutrina francesa.

Não há dúvida que alguns autores italianos, não obstante a supressão no texto legal, art. 729.º, da expressão ficção da lei, continuaram a afirmar que era esse o seu conceito. Mas a maioria, contrariamente aos primeiros, define-a, ou como uma substituição legal, ou, segundo outros, como uma disposição da lei, relegando inteiramente o modo de ver tradicional.

O Código Civil de 1865, indo além dos limites a que o Código Francês se tinha fechado, previa também a representação na sucessão testamentária, admitindo-a nos mesmos casos em que a tinha admitido a sucessão *ab intestado*, com salvaguarda da vontade contrária do testador e feita excepção para o legado de usufruto, ou de outro direito de natureza pessoal.

Na sucessão legítima a representação era admitida *in infinitum*, tanto na linha recta descendente, como na linha colateral, em favor dos filhos e descendentes de irmãos do falecido. Do mesmo modo que o Código Civil Francês, excluía a representação na linha recta ascendente.

Reconfirmava legislativamente que não se admite a representação de pessoa viva, mas abria excepção, relativamente ao ausente e ao indigno. Com a representação do indigno, o Código de 1865 assinalava um notável progresso sobre o Código Francês,

pondo-se no caminho de um possível desenvolvimento do instituto.

A divisão da herança *per stirpes*, coerentemente à finalidade da representação, era estatuída no art. 739.º

Ao Código de 1865 são introduzidas algumas inovações pelo novo Código Civil Italiano de 1940.

Essas inovações são de forma e de substância.

Quanto à forma :

1.º — Reuniram-se nos mesmos artigos as disposições relativas tanto à sucessão legítima como testamentária ;

2.º — Abandonaram-se as supérfluas previsões de regulamento de hipóteses singulares de concurso de representantes com parentes mais próximos ou de igual grau.

Atende à substância, o alargamento do campo de aplicação do instituto, pela possibilidade de representação do renunciante.

O novo Código, além disso, resolveu questões muito debatidas, no domínio do Código anterior. Primeiramente dispôs, art. 14.º, que a representação tem lugar, mesmo no caso de unidade de estirpe ; depois estabeleceu que a representação é admitida na sucessão testamentária, quando em abstracto parecer admissível, segundo as regras da sucessão legítima ; finalmente precisou, art. 13.º, que a representação na linha recta, tem lugar também , a favor dos descendentes dos filhos ilegítimos do defunto.

Terminando, diremos que, à face do moderno direito italiano, a representação tem lugar em todos os casos em que o ascendente «não pode ou não quer aceitar a herança ou o legado», como determina o § 1.º do art. 12.º

Luiz Henrique Quaresma Ferreira