

## “DER TOTE ERBT DEN LEBENDEN” E O ESTRANGEIRISMO INDESEJÁVEL

### **Pablo Stolze Gagliano**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em solenidade ocorrida em 1998, tendo recebido o diploma de honra ao mérito (lâurea), pela obtenção das maiores notas ao longo do bacharelado. É pós-graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia, tendo obtido nota dez em monografia de conclusão. É mestre em Direito Civil pela PUC-SP, tendo obtido nota dez em todos os créditos cursados, nota dez na dissertação, com louvor, e dispensa de todos os créditos para o doutorado. Foi aprovado em primeiro lugar em concursos para as carreiras de professor substituto e professor do quadro permanente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, e também em primeiro lugar no concurso para Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia (1999). É autor e coautor de várias obras jurídicas, incluindo o Novo Curso de Direito Civil (Saraiva). É professor da Universidade Federal da Bahia, e da Rede Jurídica LFG. Já ministrou aulas, cursos e palestras em diversos tribunais do país, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

### **1. Reflexão Inicial**

Este artigo não tem uma maior pretensão linguística, afigurando-se como um mero desabafo e um apelo à pesquisa consciente.

### **2. A importância do Direito Comparado**

Penso ser indiscutível a importância do Direito Comparado em qualquer pesquisa jurídica que pretenda afastar a pecha da superficialidade.

A análise comparativa de sistemas estrangeiros, não apenas permite um melhor enquadramento do objeto científico sob análise, mas, principalmente, aperfeiçoa a sua percepção no tempo e no espaço.

Se, por exemplo, o jurista pretende desenvolver uma pesquisa em torno do *contrato de leasing*, nada melhor do que buscar os referenciais históricos e contemporâneos do instituto, não apenas no Brasil, mas em Estados que o hajam regulado.

Na mesma linha, a busca por princípios torna-se muito mais fecunda, quando se deitam os olhos em outros sistemas.

Foi o que vivenciei, por exemplo, quando da redação do volume dedicado ao novo divórcio<sup>1</sup>, ao me deparar com o “Zerrütungsprinzip” do Direito alemão.

## ENTRE ASPAS

Na oportunidade, fora afirmado:

Em síntese: com a entrada em vigor da nova Emenda, é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais espaço para a discussão de lapso temporal de separação fática do casal ou, como dito, de qualquer outra causa específica de descasamento. Vigora, mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto – o qual busca inspiração no “Zerrüttungsprinzip” do Direito alemão –, como simples fundamento para o divórcio.

Aliás, analisando a doutrina civilista brasileira, sobretudo a produzida nas últimas décadas, é forçoso constatar, cada vez mais, a presença de institutos, expressões e palavras recepcionadas e utilizadas em língua estrangeira: *duty to mitigate* (teoria interessantíssima, baseada no princípio da boa-fé, segundo a qual, mesmo o titular de um direito tem o dever de atuar para mitigar o prejuízo experimentado pelo devedor), *substantial performance* (ou doutrina do adimplemento substancial, amplamente estudada no âmbito do contrato de seguro, por meio da qual defende-se a impossibilidade de se considerar resolvido o contrato quando a prestação desempenhada pelo devedor, posto não haja sido perfeita, aproxima-se substancialmente do seu resultado final), *disregard of legal entity* (desconsideração da pessoa jurídica), *Treu und Glauben* (expressão alemã que traduz a ideia de boa-fé objetiva), enfim, sem mencionarmos ainda frases e locuções outras, largamente repetidas, nas academias, fóruns e universidades do país, provenientes do latim – língua que, posto importante, não é mais falada (*venire contra factum proprium, suppressio, surrectio, tu quoque*<sup>2</sup>).

Impossível, para mim, em um simples e desprezioso artigo, esgotar as dezenas, senão centenas, de expressões estrangeiras amplamente recepcionadas – e até reverenciadas – pelos profissionais do Direito no Brasil.

E não sou contra esta prática.

Embora cultive um inegável amor pela língua portuguesa – a mais bela das línguas – tenho consciência de que, por conta da própria interpenetração dos sistemas normativos mundiais e da interdisciplinaridade crescente – ninguém está imune a adoção de expressões estrangeiras.

O que não posso aceitar, e aqui vai um desabafo, é a postura daqueles que, como meros repetidores automáticos, reverberam expressões estrangeiras sem se preocupar em buscar o seu real sentido.

Com isso, não quero dizer que todos nós devemos conhecer todas as línguas do mundo. Isso seria impossível.

Pretendo apenas conclamar, você, amigo leitor, a não aceitar uma expressão estrangeira, sem antes buscar a sua fonte e o seu sentido.

Não me conformo com a impensada reverência ao estrangeirismo jurídico.

Certa feita, quando aluno, ouvi uma pessoa, em um debate jurídico, utilizar uma expressão estrangeira, o que fez com que o seu interlocutor – com quem contendia – corar e calar-se, por não saber rebater aquela assertiva.

Fui, em seguida, por curiosidade acadêmica, pesquisar aquela expressão, e vi que nenhum sentido fazia.

Aquele sujeito – “estelionatário intelectual”, se me permitem – apenas lançou mão de uma frase estrangeira de efeito, como recurso de retórica, para “ganhar a discussão”, o que

muito me faz lembrar dos escritos de SCHOPENHAUER:

Portanto, cada um deveria preocupar-se unicamente em formular juízos verdadeiros. Para isso, deveria pensar primeiro e falar depois. Mas, na maioria das pessoas, à vaidade inata associa-se a verbosidade e uma inata deslealdade. Falam antes de ter pensado, e quando, depois, se dão conta de que sua afirmativa era falsa e não tinham razão, pretendem que pareça como se fosse o contrário. O interesse pela verdade, que na maior parte dos casos deveria ser o único motivo para sustentar o que foi afirmado como verdade, cede por completo o passo ao interesse da vaidade. O verdadeiro tem de parecer falso e o falso, verdadeiro.<sup>3</sup>

O fato de alguém citar uma expressão estrangeira, especialmente por não derivar da nossa língua mãe, exige, do receptor da informação, a necessidade de estudo e de pesquisa daquela assertiva, para que não seja vítima de uma falsa percepção do conhecimento, indesejavelmente amplificada pela repetição mecânica de um conteúdo incompreendido.

E graças a este hábito de pesquisa que sempre nutri, deparei-me com uma situação muito interessante.

### 3. Der Tote erbt den Lebenden

Como é cediço, o art. 1.784 do Código Civil consagrou o denominado *princípio da saisine*:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

De acordo com este princípio, oriundo do Direito Feudal, e amplamente aceito no mundo, quando um sujeito morre, a sua herança é imediatamente transmitida aos seus herdeiros legítimos e testamentários.

Trata-se, pois, de uma ficção jurídica, para evitar que, durante o tempo em que tramita o inventário ou o arrolamento, a referida herança remanesça sem titular.

Assim, se JOÃO morre, deixando três filhos, PEDRO, MATHEUS e ALISSON, cada um deles, no mesmo instante do óbito, passa a ser titular da fração ideal de 1/3 da herança, por força do princípio mencionado. Somente ao final do inventário (ou arrolamento), após deduzidas as dívidas do falecido, serão individualizados os bens que tocarão a cada herdeiro.

É como se o vivente (o herdeiro) continuasse o direito do falecido, sem interrupção.

Pois bem.

Ao aprofundar a pesquisa sobre o tema, deparei-me com a referência feita pela doutrina a uma expressão alemã que caracterizaria o citado *princípio da saisine*:

**“Der Tote erbt den Lebenden”**.<sup>4</sup>

Não há erro algum na referência que a doutrina faz, quando menciona a frase para caracterizar a *saisine*.

O problema é que, ao buscar o sentido exato da expressão, fui colhido de espanto.

Por mais que me esforçasse em compreender o sentido da expressão traduzida do alemão para o português, a frase não apresentava sentido algum.

## ENTRE ASPAS

Sei que uma boa tradução não se apega ao sentido isolado de cada palavra, mormente na língua alemã, com as suas complexas declinações e o constante uso do passivo na palavra escrita erudita.

Todavia, mesmo assim, a frase, citada e repetida, não faria sentido algum se convertida para o português, pois afirmaria que o “morto herda do vivo”.

Der Tote (**o morto**) erbt (**herda**) den Lebenden (**do vivo**).

Ora, o vivo é quem herda do morto! E não o contrário!

Não me conformei, e consultei outros estudiosos da língua alemã.<sup>5</sup>

O grande professor Arruda Alvim, dileto amigo, um dos maiores juristas brasileiros, com domínio inclusive do alemão gótico, também externou espanto, pois, tal como a frase é conhecida e difundida, não teria, em uma tradução fiel ao verbo utilizado, sentido algum.

Destaco trecho de correspondência que me fora enviada pelo culto professor da PUC-SP:

Na realidade, a frase, se for traduzida literalmente leva a um resultado inverso do que pretende significar. Não é o morto que herda, senão que é o herdeiro que herda. Talvez, uma tradução melhor, ainda que pouco eufônica – para respeitar esse instituto – seria a de que *O morto faz o herdeiro herdar*. Mas na verdade, isto é forçar. Em alemão correto, consta do The Free Dictionary by Farlex a frase: *"Die Tochter beerbt ihre Eltern"*, ou seja, *a filha herda dos seus pais*. Há também uma outra linguagem do alemão para o alemão, ou seja, a partir do texto frances *Le mort saisit le vif* (*der Tote "ergreift" den Lebendigen, d. h. den Erben*). Ou seja, troca-se o verbo *erben/erbet* por *ergreifen/ergreift*, ou seja, O morto apanha/alcança os vivos (dados tirados de <http://www.retrobibliothek.de/retrobib/seite.html?id=105134>). Na Áustria liga-se o texto ao *Prinzip des unmittelbaren Erbanfalls* – „Der Tote erbt den Lebendigen“. Na verdade, *a função jurídica desse princípio*, seja na França, seja na Alemanha, é a de não permitir que entre a morte e a assunção da herança haja um espaço vazio. Mas, literalmente, pode uma tradução assim feita, levar a confusão.<sup>6</sup>

De fato, o único sentido possível da frase, a despeito da sua literalidade confusa, é atribuir-lhe uma via inversa de inteligência, para se afirmar que o vivo herda do morto.

E não o contrário<sup>7</sup>.

### 4. Conclusão

Ora, certamente, deve haver alguma explicação, talvez histórica, perdida ao longo dos séculos.

Não pretendo, aqui, como disse no início deste modesto artigo, tecer considerações meramente gramaticais.

A minha intenção é menos arrojada.

Quero, apenas, conduzir o leitor, especialmente os meus alunos, a um raciocínio que valorize o amor pela pesquisa, e não incentive a mera repetição de fórmulas.

Como visto, ao aprofundar o estudo da referida frase, abriu-se para mim um portal de indagações pertinentes e de alta profundidade jurídica.

Tudo a reforçar mais uma vez a velha lição de que o Direito se reconstrói sempre.

E de que, ainda que estudemos a mesma matéria diversas vezes, um novo horizonte sempre se descortina.

### Notas

---

1. O Novo Divórcio, publicado pela Editora Saraiva e escrito em coautoria com Rodolfo Pamplona Filho (pág. 62), 2010.
2. Discorri sobre esses institutos na obra Novo Curso de Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos – vol. 4, tomo 2, no capítulo V, item 6, dedicado ao estudo dos desdobramentos da boa-fé objetiva (Ed. Saraiva), escrito em coautoria com Rodolfo Pamplona Filho.
3. SCHOPENHAUER, Arthur. *Como Vencer um Debate sem Precisar ter Razão em 38 Estratagemas (Dialética Erística)*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, pág. 97.
4. Ver o grande PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, v. VI (Sucessões)*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.15. E, na mesma linha, refere o mesmo autor, com propriedade, o talentoso Cristiano Imhof: “23/11/2010 STJ. Art. 1.784 do CC/2002. Instituto da saisine. Evolução histórica. Sobre o tema, destaca-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira: Droit de saisine. Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse de bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Daí ter a doutrina fixado por volta do século XIII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit le vif*. Com efeito, no século XIII a saisine era referida num Aviso do Parlement de Paris como instituição vigente os *établissements* de St. Louis lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans. Não foi, porém, uma peculiaridade do antigo direito francês. Sua origem germânica é proclamada, ou ao menos admitida, pois que fórmula idêntica era ali enunciada com a mesma finalidade: *Der Tote erbt den Lebenden*. [...] sistema atual. Com a promulgação do Código Civil de 1916, ficou assentada a doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (Código Civil, art. 1.572). O mesmo princípio predominou no Projeto do Código Civil de 1965 e no Projeto de 1975, e se viu conservado no novo Código Civil, conquanto neste eliminada a referência a “domínio e posse” (art. 1.784). É o conceito de *droit de saisine* que ainda vigora na sua essência, e do qual podem ser extraídos os necessários efeitos: [...] 2. Não é o fato de ser conhecido, ou de estar próximo que atribui ao herdeiro a posse e a propriedade dos bens. É a sucessão. Não há mister um ato do herdeiro. Não precisa requerer ao juiz o imita na posse. Esta lhe advém do fato mesmo do óbito e é reconhecida aos herdeiros que por direito devem suceder, tal como em o direito anterior se proclamava, adquirindo eles a posse civil com todos os efeitos da natural, e sem que seja necessário que esta se tome (Alvará de 1954 citado). 3. O herdeiro que tem a *legitimatio ad causam* para intentar ou continuar as ações contra quem quer traga moléstia à posse, ou pretenda impedir que os herdeiros nela se invistam. Esta legitimação envolve a faculdade de defender a herança contra as investidas de terceiros, não valendo ao esbulhador ou qualquer possuidor ilegítimo a alegação de que o herdeiro somente cabe uma fração do monte e não a totalidade do acervo. Quer dizer: ao herdeiro, embora somente tenha direito

## ENTRE ASPAS

a uma fração da herança, é reconhecido o poder defensivo de todo o acervo. No Código Civil de 2002, semelhante legitimação deflui do parágrafo único do art. 1.791, segundo o qual o direito dos co-herdeiros, durante a fase de indivisão, ‘regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio’”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva Instituições de direito civil: Direito das sucessões. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. VI, pág. 19 a 22). Fonte: [http://www.cc2002.com.br/imprimir.php?id=1279&ergo=print\\_noticia](http://www.cc2002.com.br/imprimir.php?id=1279&ergo=print_noticia) acessado em 14 de junho de 2012 (Grifei).

5. Fica aqui o meu registro de agradecimento pelas agradáveis discussões acerca da linguística alemã com os diletos Cássio Frederico Pereira, mestrando pela USP, e Oliveiros Guanais de Aguiar Filho, Procurador da República.

6. Correspondência datada de 24 de abril de 2012.

7. Também na doutrina germânica, a dita frase, verdadeiro princípio, é citada, ainda que o autor, talvez pela sua redação confusa, cuide de tentar emprestar-lhe sentido: “Damit wurde mit der alten germanischen Regelung gebrochen, nach der es keiner Annahme der Erbschaft bedurfte, da der Grundsatz galt: der Tote erbt den Lebenden, was bedeutet, daß der Tote den Lebendigen im Sinne einer Übereignung zum Erben macht” (Steffen Breßler: Gesetzliche Erbfolge, Testament und Pflichtteil im Freiburger Stadtrecht, fonte: <http://fhi.rg.mpg.de/seminar/0001bressler.htm>, acessado em 14 de junho de 2012) (grifei).