

DA REVOGAÇÃO

NO

DIREITO TESTAMENTARIO

POR

ANTONIO HENRIQUES DA SILVA

Licenciado em Direito
e socio effectivo do Instituto de Coimbra

I



COIMBRA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1884

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O

ACTO DE CONCLUSÕES MAGNAS

NA

FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A

MINHA MULHER

E A

MEU FILHO

DUAS PALAVRAS

A grave e pertinaz doença que nos impossibilitou todo o trabalho durante a maior parte do interstício escolar que ora finda, impediu-nos de augmentar o presente volume e de extendel-o até o completo desenvolvimento do assumpto, — de qualquer modo incompleto, todavia, pelas deficiencias da execução. Deixou, assim, de ser encorporado aqui o estudo dos *modos de revogação*, feito sobre o *Código Civil*, além das importantes conclusões de interesse theorico a que conduziria finalmente o conhecimento da evolução do direito testamentario, a qual procurámos, alvejando sempre o assumpto particular d'este trabalho, seguir desde as origens até o direito contemporaneo, objecto da segunda parte.

Nesse capitulo de conclusões, como que a estação de chegada de uma penosa peregrinação, proseguida atravez da selva escura dos factos, dos combates das opiniões, das incertezas e dos retrocessos da investigação, por entre as frouxidades da energia e os desalentos do intendimento, — seria licito ao espirito que viesse com a sua provisão, modestissima embora, de hypotheses, de observações, de comparações e de leis, sobre a constituição da familia, a organização da propriedade, as normas da successão, as

regras da vida e as providencias da morte, ser-lhe-hia licito tentar timidamente relacionar-se, de leve que fosse, com essa vasta e indomita tribu das questões sociaes, que a razão moderna, como a razão de todos os tempos, insiste generosamente em explorar e chamar á claridade consoladora e fecunda das soluções scientificas.

Não lográmos nós chegar tão longe, mau grado d'aquelle *espi-rito prompto* que no homem lida em dominar os quebrantamentos do vigor.

Segundo volume está, pois, destinado á continuação que daremos d'este despretencioso trabalho, que não quer nem pode passar de uma obscura tentativa sobre jurisprudencia testamentaria.

Sem embargo, afigura-se-nos que os importantes problemas de critica historica, que ahi abordámos em companhia dos mestres, dentro da ennoitecida região das origens, e a doutrina que procurámos já liquidar sobre o antigo e o novo direito, abrem amplissimo campo a uma discussão academica, e do mais levantado interesse scientifico e juridico.

Quer-nos parecer tambem que a feição que demos a este estudo, em que occupam um logar condigno os velhos systemas e sobretudo esse maravilhoso direito civil romano, que, sobre o haver sido direito patrio e modelo ainda presente ao pensamento re-constructor d'este seculo, tem para nós as grandes linhas harmonicas de uma extraordinaria obra d'arte, — é a mais adequada a trabalho adrede escripto para um acto universitario em que os generosos intuitos scientificos não têm de ser pospostos ás conveniencias da habilitação para a pratica profissional do foro.

Dando-lhe esta feição, intencionalmente protestamos contra um certo desdem, que, fóra da influencia universitaria, começa a pronunciar-se pelo estudo da velha jurisprudencia classica; d'onde fatalmente resultará a tendencia para antepôr a letra da lei,

cruamente intendida, por entre sophisticações superficiaes e declamatorias, de uma sagacidade feminina e facil, ao seu espirito, o qual só pode descobrir-se na exploração do passado, que tanto prestou á educação dos legisladores modernos, e das causas e influencias de toda a ordem que determinam a transformação das instituições.

Coimbra, 3 de outubro de 1884.

Antonio Henriques da Silva.

PRIMEIRA PARTE

PRECEDENTES HISTORICOS DA DOCTRINA ACTUAL

CAPITULO PRIMEIRO

Direito romano

SECÇÃO 1.^a

Historia da revogabilidade dos testamentos

SUMMARIO

1. Observações preliminares. — 2. A revogabilidade dos testamentos na historia. — 3. Caracter do testamento *calatis comitus*. — 4. Testamento *in procinctu*. — 5. O primeiro cae em desuso, e porquê. — 6. Origem do testamento *per aes et libram*. — 7. Seu primitivo caracter. Era irrevogavel. — 8. Tinha effectos immediatos. — 9. Fazia-se em artigo de morte. — 10. A principio só podia testar-se na falta de herdeiros legitimos. — 11. Como, porem, apparece nas *XII Tabas* o pleno poder de testar? — 12. Os costumes no mundo antigo. — 13. Aquelle poder apparece como um meio de corrigir o direito successorio em harmonia com os dictames naturaes. — 14. Os codigos da antiguidade. — 15. O testamento instrumento de equidade. — 16. Insensivelmente toma este caracter. — 17. E a similhante resultado prestava-se a forma mancipatoria de testar. — 18. que mais tarde se destaca da mancipação commum, deixando de produzir effectos exequiveis em vida, — 19 e 20, e passa por successivos aperfeiçoamentos, — 21. até desaparecerem os ultimos effectos da mancipação, e pois a irrevogabilidade.

1. «Poucos actos legaes — diz H. Sumner Maine¹ — são em verdade a resultante de causas historicas mais complexas, que aquelle pelo qual as intenções escriptas de um individuo regulam a disposição dos seus bens para depois da morte.»

¹ *L'Ancien Droit*, trad. de Courcelle Seneuil, 1874, pag. 166.

Creada qualquer instituição, fixado o seu destino, contraprova pela experiencia a sua proficuidade, quando os serviços prestados lhe dão auctoridade, e necessidades diversas e successivas tentativas a completaram e aperfeiçoaram, é facil racionalisal-a, ter a comprehensão dos seus elementos essenciaes e justificar-a na sua economia geral. Afigura-se então ao espirito que ella devia surgir fundamentalmente identica com o que conhecemos, e que bastaria concebê-la para que a razão definisse, para logo, os seus caracteres mais importantes.

E todavia nada menos verdadeiro que este modo de ver, que consiste em suppor uma theoria completa anterior aos factos, independente do moroso ensinamento da experiencia e dominando a realidade por um plano preconcebido; quando é certo que em geral as instituições, nascendo sob a pressão das necessidades de uma epocha, são nos seus primeiros rudimentos o producto empirico das circumstancias, extranho á influencia de uma especulação theorica propriamente tal. Offrecem a principio contornos mal definidos, linhas indecisas e hesitantes, que, pouco e pouco, se fixam e reforçam, até que, mais tarde, a poder de tentar, de completar, de aperfeiçoar, sobresaíam os traços característicos e resalte a physionomia propria d'essas creações sociaes. Bem pode vir então a theoria tomar a instituição no conjuncto, mostrar a harmonia das suas partes, commentar e justificar cada um dos seus elementos: não é por isso menos verdade que ella é obra do tempo, e que os motivos que a sustentam já formada estavam longe de actuar no espirito da sociedade que a creou, para que esta desde logo a affeioasse com os caracteres que de futuro se tornaram preponderantes.

2. Um dos principios dominadores na legislação testamentaria em geral é que o testamento é *revogavel* até á morte, e que só por morte do testador produz effeitos. Poderíamos facilmente ser levados a crer que este principio é de tal modo geral e fundamental nesta materia, que deve encontrar-se sancionado nos primordios da jurisprudencia testamentaria. O estudo, porem, da evolução juridica dos testamentos em Roma revela-nos o contrario.

3. O testamento romano, tal como elle nos apparece no tempo

de Justiniano, teve origem no direito civil, no direito pretoriano e nas constituições dos imperadores ¹.

Vejamos o que foi em principio o testamento de direito civil. «A principio — diz Gaio — tiveram os romanos duas especies de testamentos: uma que faziam *calatis comitiis*, e estes comícios eram destinados duas vezes no anno á confecção dos testamentos; outra *in procinctu*, isto é, ao partirem para o campo de batalha ².» Temos pois o testamento que era feito na paz e no repouso, e o que continha as disposições d'aquelles que iam arriscar a vida nos combates: *alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri* ³. O primeiro assumia a importancia de um acto legislativo: fazia-se com a intervenção e sob a auctoridade de uma assemblêa do povo romano, especialmente convocada para esse fim, o que, segundo a informação de Gaio, se verificava duas vezes no anno. Tambem os romanistas em geral accordam-se em considerar o testamento *calatis comitiis* como uma verdadeira lei.

Assim o legislador intervinha sempre na transferencia da herança do cidadão que morria: já estabelecendo de um modo geral a ordem da successão *ab intestato*, já sancionando especialmente a successão testamentaria. Como explicar esta ultima intervenção? Que significação tem esta ingerencia do poder publico em cada acto testamentario? É que a regra — diz-se — continuava a ser a successão legitima; o testamento era a excepção. E, como esta excepção derogava uma lei, carecia de ser auctorizada por outra lei. Tambem, depois que a *Lei das XII Taboas*, observa Marezoll, concedeu de um modo geral o direito de testar a todos os cidadãos romanos, essa forma de lei que os testamentos revestiam, degenerou em uma simples declaração de vontade perante a assemblêa do povo ⁴. Auctorizada de um modo generico

¹ Sed cum paulatim, tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus, coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi, constitutum est Ita ut hoc jus tripartitum esse videatur, § 3.º, *Inst.*, liv. II, tit. 10.

² *Gaii Comment.* II, § 101.

³ *Ibid.*; § 4.º, I. liv. II, tit. 10.

⁴ *Précis d'un Cours sur l'ensemble du Droit Privé des Romains*, trad. de M. C.-A. Pellat, § 177.

a successão testamentaria, a interferencia do poder publico a cada acto especial de ultima vontade tornou-se, como era natural, mera formalidade, e tendia a desaparecer.

Segundo outra opinião, porem, diverso significado tem esta jurisdicção confiada aos comicios. Partindo egualmente do principio de que o primitivo direito romano não reconhecia ao auctor da herança liberdade para postergar na transferencia d'ella os direitos da familia, Sumner Maine vê no testamento *calatis comitiis*, não uma derogação especial das regras da successão por mero arbitrio do poder legislativo, mas em certo modo a confirmação d'essas regras. A successão legitima era deferida em primeiro lugar aos descendentes directos ou *sui*, que não houvessem sido emancipados; á falta d'estes, ao agnado mais proximo ou ao mais proximo parente que tivesse podido estar sob a mesma *patria potestas* que o defuncto; vinham em ultimo lugar os *gentiles* ou membros da *gens* a que o defuncto estava ligado. A *gens* era uma extensão artificial da familia, e comprehendia todos os patricios romanos que tinham o mesmo nome, e que por isso se consideravam descendentes de um antepassado commun. Taes eram os laços que o Direito tinha em consideração na devolução das heranças. A simples cognação não conferia por si nenhum direito de successão. Ora Sumner Maine suppõe com muita verosimilhança que era precisamente para assegurar os direitos da familia até nas suas ultimas ramificações, e não para desatenderdel-os, que os comicios se reuniam para a approvação dos testamentos. A assemblêa era uma reunião de pessoas interessadas, isto é, de pessoas a quem o testamento poderia prejudicar. Era o comicio por *curias*, em que as *gentes* eram exclusivamente representadas. Se suppozermos que o testamento não era permittido a quem tivesse *gentiles* conhecidos, e não alcançasse d'estes uma renuncia do seu direito, — a função dos comicios fica perfeitamente esclarecida: as *gentes* romanas reuniam-se para que aquelles que podessem ser lesados com a disposição testamentaria se oppozessem a ella, ou renunciassem ao seu direito de herdeiros ¹. Tal é na opinião de Maine a origem da intervenção da assemblêa patricia na feitura dos testamentos, intervenção que continuou

¹ *L'Ancien Droit*, pag. 189 e 190.

formalmente depois que a *Lei das XII Taboas* outorgou a liberdade de testar.

4. O cidadão, porem, prestes a entrar em combate é que não podia aguardar a reunião dos comícios, a qual se verificava só duas vezes no anno. Também que importava? Não estavam ali os seus companheiros d'armas? o exercito prompto a entrar em campanha? Não era aquella a sua familia? ou, antes, não estavam alli representadas todas as familias da grande cidade heroica? Era pois pois perante os legionarios armados, assemblêa bem mais majestosa que a das *gentes* patricias em tempo de ocio, que o soldado cidadão fazia ouvir as suas ultimas vontades no momento augusto em que ia expor a vida ao lado dos que o escutavam. Tal é o testamento *in procinctu*¹, que deve considerar-se como uma derivação do testamento *calatis comitiis*². O testamento *in procinctu*, simplificando-se, é a origem remota das formas privilegiadas dos testamentos militares.

5. Não assim o testamento *calatis comitiis*, que no tempo de Gaio e de Ulpiano tinha cahido, havia muito, em desuso, sem deixar vestigios nas formas testamentarias ulteriores. É que concorrentemente com elle apparece uma terceira especie, destinada a prevalecer e a ser, como observa Maine, o ascendente remoto do testamento moderno. Esta especie, creação do direito civil, é uma das tres origens a que as *Institutas* referem a elaboração do testamento da epocha justinianeia — *hoc jus tripertitum esse videatur*. É o testamento *per aes et libram*.

6. O que é e como apparece? É uma invenção plebêa.

É natural que em principio o plebeu tivesse difficuldade em exercer a faculdade de testar. Faria testamento na assemblêa das curias, em que eram representadas as *gentes*? Mas o plebeu não tinha *gens* — *Plebs gentem non habet*; o plebeu era pois excluido dos comícios curiados, e comtudo o direito, interpretado

¹ Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. — Gaii *Comm.* II, § 401.

² Ortolan, *Explicação Hist. das Instit.*, 2.º vol., n.º 651.

pela aristocracia antes que a todos se desvendasse pela codificação, não reconhecia outra maneira de testar em tempo de paz. Depois que no grande compromisso do Decemvirado a todos os cidadãos foi conferida a liberdade testamentaria ¹, não soffreriam de certo os plebeus que o testamento fosse um privilegio aristocratico. Devia comtudo ser penoso ao testador plebeu submeter a sua vontade á jurisdição pouco amigavel de uma assemblêa em que elle não tinha representantes.

Assim o plebeu não testava: vendia a herança, ou antes a *familia*, isto é, todos os direitos de que gozava sobre a familia e por ella — *mancipat alicui dicis gratia familiam suam* ². É o *mancipium* ou a antiga venda romana. Intervem nella o testador como vendedor, o herdeiro como comprador (*familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat* ³) e, como testemunhas, cinco cidadãos romanos e puberes. Alem d'estes personagens, o *libripens*, que traz a balança para pesar um pedaço de cobre, representando a velha moeda romana sem cunho. Pronunciadas as formulas solemnes, com acompanhamento de gestos symbolicos, com que no velho *mancipium* se costumava chamar a attenção das partes sobre a importancia do acto, e que contribuiam a gravar a lembrança d'elle na memoria dos presentes, antes da vulgarisação da escriptura — o comprador percutia a balança com a peça metallica, dando-a ao vendedor, *velut pretii loco* ⁴, depois do que o testador explicava o acto por uma formula que tinha o nome de *nuncupatio* ⁵.

Esta forma de testamento, verdadeira doação simulando venda, persiste, modificando-se, durante a longa evolução do direito quiritario, e é, como fica dicto, a origem remota do testamento vigente ao tempo de Justiniano ⁶, bem como do nosso testamento cerrado.

7. Se compararmos agora aquelle testamento rudimentar com

¹ Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto — *L. XII Tab.*, tab. V.

² Gaii *Comment. II*, § 104.

³ Gaii *C. II*, § 103.

⁴ Gaii *C. II*, § 104.

⁵ Nuncupare est enim palam nominare. — Gaii *C.*, *ibid.*

⁶ §. 3.º, I., 2, 10.

a forma organizada e regulada por Justiniano, que differença! Esta differença accusa-se mesmo em relação aos caracteres que nós reputamos hoje essenciaes ao testamento, como se vê considerando que no testamento primitivo intervem o herdeiro; que elle produz effeitos immediatos, e é irrevogavel.

S. Alguns romanistas, a quem repugnava acceitar a consequencia rigorosa da mancipação, segundo a qual os bens passariam immediatamente ao adquirente ou *emptor*, suppozeram que a transmissão neste caso seria condicional ou a termo, verificando-se definitivamente só á morte do testador. Não contestam que o direito do herdeiro fosse irrevogavel por parte do testador, porque á revogação se oppunham os principios reguladores da *mancipatio*; mas acreditam que ficava em suspensão até á morte do alienante. É mister, porem, observar que até ao ultimo periodo do direito romano actos houve que não podiam ser sujeitos a condição nem suspensos até uma epocha determinada, isto é, que não admittiam nem *conditio* nem *dies*, e a mancipação era um d'elles ¹.

Diz-se, é verdade, que a condição não era posta ao acto mancipatorio, mas expressa nas taboas do testamento que depois d'aquelle acto o testador entregava ao *emptor familiae*, authenticando o seu conteúdo pela nuncupação. Com effeito veio uma epocha em que a mancipação se practicava já como mera formalidade, e em que a transmissão se operava em virtude das declarações contidas nas taboas e completadas pela declaração oral da nuncupação. O testamento mancipatorio então estava visivelmente transformado: o que era accessorio em principio tornou-se principal.

Nós, porem, estamos estudando os caracteres do primitivo testamento *per aes et libram*, e é incontestavel que, no periodo inicial da instituição, o verdadeiro meio de operar a transferencia da *familia* do testador era o acto mesmo da mancipação, nem Gaio, referindo-se a este periodo, nos fala de disposições escri-

¹ Maine, *Ant. Dir.*, pag. 195; Ortolan, *Expl. Hist. das Inst.*, 2.º vol., n.º 733.

ptas, embora alluda ás recommendações que o testador fazia ao *emptor familiae*, em forma de rogativa, referentes ao que desejava que este desse a certas pessoas por sua morte, a qual apparecia como um facto imminente¹. O patrimonio era adquirido a titulo de compra: *hoc aere aeneaque libra esto mihi empta*², e, se o Jurisconsulto se refere á apresentação das taboas, e reproduz a formula com que o testador authenticava o conteúdo perante as testemunhas, é ao seu tempo que isto tem applicação, quando já o testamento *per aes et libram* havia soffrido diversas modificações — *sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat*³. Se a instituição de herdeiro dependia da mancipação ou do acto solemne da venda, emquanto o acto mancipatorio representou o papel principal nesta forma de transmissão da herança; se a mancipação legalmente investia para logo o *emptor* nos direitos que por ella adquiria, não se comprehende que as declarações escriptas podessem alterar estes effeitos, que o mesmo seria atacar a instituição, modificando-a. É natural suppor que o legislador interviesse mais tarde para adaptar a mancipação á natureza das transmissões por morte, transigindo assim com as pretensões dos plebeus, que, continuando a servir-se d'este expediente, fariam esforços para que a escolha de herdeiro por semelhante forma não privasse o testador do gozo do seu patrimonio. Tal seria o effeito da *Lei das XII Taboas*, como crê o sabio investigador das antiguidades juridicas — Sumner Maine.

Convencemo'-nos pois de que esta alienação da herança devia na origem produzir effeitos immediatos, até que a *Lei das XII Taboas* veio, na generalidade da sua provisão sobre a faculdade de testar, legalisar como disposição por morte a mancipação do patrimonio hereditario usada na classe plebêa. Então é que propriamente se destaca o testamento *per aes et libram* da mancipação commun.

¹ . . . is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet: quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. — Gaii C. II, § 102.

² Gaii C. II, § 104.

³ Comm. II, § 103.

«Por mais éstranho que isto pareça — diz Maine —, somos forçados a concluir que o testamento romano primitivo tinha effeito immediato, ainda no caso de sobrevivencia do testador ¹.

9. Como se explica porem que, sendo estas as consequencias legaes do acto da mancipação, se recorresse a este meio para instituir herdeiro? Por maior que fosse a confiança do chefe de familia nas qualidades d'aquelle que ia escolher para substitui-lo no governo d'ella, era sempre perigoso abdicar assim em vida todos os direitos, ficando perpetuamente á mercê da tolerancia do herdeiro para continuar a administrar e fruir o patrimonio cedido. Era natural suppor, se Gaio o não declarasse, que esta maneira de testar não era usada senão em artigo de morte.

10. Como noutra parte se disse, o testamento primitivo entre os romanos não era considerado como meio de antepor a pessoa escolhida pelo testador aos parentes, membros da familia ou da *gens*, cujos direitos eram legitimamente reconhecidos. O facto da auctorisação das disposições testamentarias dos patricios pela assemblêa das curias, em que eram representados aquelles que se suppunha descenderem de um tronco commum e que usavam do mesmo appellido de familia, esclarece este ponto. Assim o testamento seria apenas um meio de prover ao destino da herança á falta de pessoas legalmente chamadas a ella em virtude de um parentesco real ou facticio.

D'outro modo seria inconciliavel com o principio da propriedade familiar, segundo o qual os bens pertenciam á collectividade representada na pessoa do seu chefe ou *pater-familias*. A palavra o indica: a propriedade é *dominium*, de *domus*. Se o direito de testar deriva do direito de propriedade, mal se concebe que, sendo esta collectiva e emquanto se não obliterou o principio da posse em commum, podesse aquelle direito ser exercido em prejuizo do condominio familiar.

E cremos que nem mesmo o poderia ser em prejuizo dos *gentiles* — se bem que a *gens* não era a *familia*, mas uma extensão

¹ *Obr. cit.*, pag. 196.

artificial d'ella — conforme parece inculcar a intervenção dos *comitia calata* na confecção do testamento patricio.

Segundo pois este modo de ver, o testamento romano seria apenas, em sua origem, um meio subsidiario de dispor da herança, admissivel para o caso de não existir nenhuma das pessoas chamadas legalmente á successão.

Tal é por outro lado o caracter que nos offerece o testamento em diversos povos da antiguidade: em toda a parte nos apparece o direito de testar com limitações baseadas nos direitos de familia; assim em Athenas pelas leis de Solon; em Bengala; entre os hebreus, e nas velhas leis germanicas.

11. A *Lei das XII Taboas* reconhece na maior amplitude o poder testamentario. A mesma lei expressamente outorga direitos successorios, primeiro ao herdeiro *seu* do testador, depois ao mais proximo agnado, e á falta de agnados aos membros da *gens*, mas estes direitos só os reconhece para o caso em que o auctor da herança falleça intestado ¹. Este phenomeno juridico é difficilmente explicavel. Como, sendo verdadeiras as considerações que deixamos expostas, surge de repente este amplissimo poder para instituir herdeiro? Pois, se é verdade que os direitos da familia, quanto ao patrimonio dos que falleciam, tinham plena consagração nas idéas moraes correntes, nos costumes geraes, no direito estabelecido, seria natural que o legislador se collocasse superior a estes precedentes juridicos para erigir, abrupta e caprichosamente, em maxima de direito uma liberdade tão afastada das tradições da nação? Não era certamente; e por isso, sem abandonarmos o ponto de vista que preferimos e confessando a difficuldade, procuraremos levantá-la.

12. É necessario ter todo o cuidado no confronto da legislação do nosso tempo com os velhos codigos do mundo antigo, não esperando nunca encontrar nestes a precisão, que o conhecimento dos factos sociaes permite imprimir progressivamente nas leis, e que a cohesão incomparavelmente inferior dos costumes

¹ *L. XII Tab.*, tab. V, artt. III et IV.

modernos torna indispensavel. Na antiguidade não é assim: o costume tem uma força e uma uniformidade desconhecidas do mundo actual; ninguém ousa arcar com o poder d'este despota inexoravel. Elle tudo dirige, tudo regula. A vida é pouco complexa; os factos não se atropellam: deslisam uniformemente na esteira habitual. O passado dá a norma do presente. As transições são insensíveis. Os sentimentos conservam-se, ao parecer, identicos no seio de um patriarchalismo monotono. O rithmo perfeitamente regular da vida costumeira nada tem de commum com os movimentos convulsos a que são forçadas as gerações actuaes no balanço de uma civilisação essencialmente instavel. Tendo sido por muito tempo a unica fonte do direito, os costumes ficam, depois do apparecimento das leis escriptas, direito subsidiario. Que necessidade ha de fazer leis completas? Não estão os costumes sagrados e inviolaveis para completal-as e fixar o seu verdadeiro sentido?

O codigo romano auctorisa de certo o pae a desherdar os filhos; a pospor a familia aos extranhos. A letra presta-se de certo a esta intelligencia. Mas seria este o pensamento do legislador? Pensaria elle em que alguém podesse usar ou abusar d'aquella liberdade a ponto de investir com os velhos costumes da nação, que punham na primeira plana os herdeiros *seus*?

«A *Lei das XII Taboas* — diz Maine — deve ser explicada pelo character do seculo em que foi redigida. Ella não concede uma liberdade que haja necessidade de comprimir, pouco mais tarde, mas procede na convicção de que não existe nenhuma tendencia para abusar d'essa liberdade, ou, podemos dizer, na ignorancia de que essa tendencia possa existir..... A *Lei das XII Taboas* permittia o testamento no caso unico em que se podia julgar o testamento possivel, isto é, na falta de filhos ou de parentes proximos. Não prohibia a desherdação dos descendentes em linha recta, porque não havia de prohibir uma eventualidade em que não pensava nenhum jurista romano d'aquella epocha. Sem duvida, á proporção que as affeições de familia perderam com o tempo o seu character de primeiros deveres, foram por vezes desherdados os filhos. Mas a intervenção do pretor, longe de ter sido reclamada pela generalidade do abuso, foi sem duvida provocada, porque os exemplos de semelhante capricho eram pouco numerosos, excepçionaes e contrarios ás *idéas mo-*

raes da epocha. As regras de direito que prohibem empregar-o (o testamento) neste uso augmentam em numero e em rigor á medida que a jurisprudencia se desenvolve, e estas regras sem duvida correspondem ao sentimento persistente da sociedade romana pronunciando-se contra os desvios accidentaes dos individuos ¹.»

13. Se o intuito do legislador das *XII Taboas* não foi pois, como é crível, auctorisar a desherdação dos filhos e dos parentes mais estreitamente ligados ao auctor da herança, a que fins miraria então com a provisão que reconhece em termos genericos a liberdade testamentaria? Devemos suppor que teve em vista satisfazer a uma necessidade geralmente sentida, a uma reclamação da consciencia publica: se o direito anterior offerecia algum inconveniente, alguma cousa que destoava das idéas dominantes ou chocava os sentimentos da população, o poder testamentario seria um meio adequado de dar satisfação ás exigencias da epocha. Tambem nós vemos que o exercicio d'este poder foi tido em tão alta conta, que a falta de testamento lembrava com horror a um romano; morrer sem testamento considerava-se uma desgraça e até deshonorosa macula para a memoria do defuncto.

Não se tratava, como já dissemos, de conferir ao possuidor do patrimonio hereditario uma faculdade arbitraria e dissolvente para a capricho deslembrar os mais respeitaveis deveres de familia. A critica historica rejeita esta opinião, segundo a qual se levantariam reclamações contra a imposição d'esses deveres que em todos os tempos e civilisações foram recebidos sem repugnancia, ao tempo em que os romanos supportavam pacientemente o jugo da familia naquillo que elle tinha de mais pesado e de menos natural.

Longe de considerarmos a instituição testamentaria em Roma como um afastamento das obrigações naturaes para com a familia, ao contrario é para nós uma approximação mais completa d'ellas; uma revolta da natureza contra o artificio do Direito; um protesto do coração contra a logica juridica.

Sim, o Direito era, primeiro que tudo, *logico*; teve sempre em

¹ *Obr. cit.*, pag. 205 e 206.

grau eminente esta qualidade, e uma das grandes preocupações dos jurisconsultos era submeter as regras juridicas a uma deducção rigorosa e a uma systematisação simples. Se tantissimas vezes a equidade quebrou a rigidez da linha recta do velho Direito quirritario para obtemperar ás novas necessidades mentaes e sociaes, os jurisconsultos tinham o cuidado de integrar a innovação nalguma das regras fundamentaes do código sagrado, de modo a parecer, não uma criação, mas um desenvolvimento. Este *tour de force* da subtiliza jurisperita recebeu o nome de — *ficção juridica*.

Assim, pertencendo a propriedade á familia, a familia devia herdar: o filho *emancipado*, que havia saído da familia, estava pois, segundo a logica, fóra do direito successorio. Outro tanto acontecia aos parentes pelo lado das mulheres ¹. Á falta dos agnados, a herança passava aos *gentiles* ou corporação de cidadãos romanos que usavam do mesmo nome que o defuncto. A *gens* era, como fica dicto, uma extensão artificial da familia ². O laço civil da familia e da gentilidade era o principio dominante em materia de successão legitima; os direitos dimanavam da corporação; as relações naturaes do sangue e da affeição nada valiam por si.

D'este modo o cidadão que morria intestado arriscava-se a deixar sem recursos os seus filhos emancipados e outros consanguineos, que veriam muitas vezes passar o patrimonio, que a natureza lhes destinava, para as mãos de alguns patricios ricos, inteiramente indifferentes ao fallecido e porventura desconhecidos d'elle. O jurisconsulto Gaio considerava bem evidente quanto este direito era defeituoso e iniquo ³.

Comprehende-se agora a funcção do testamento: limitado a principio ao caso em que não houvesse herdeiros successiveis conhecidos, tornou-se pela lei decemviral um meio sempre prompto de corrigir o direito successorio em harmonia com os dictames da natureza. A affeição prevalecia á logica juridica. O edificio en-

¹ Vej. § 9, I. 3, 1 e § 1.º, tit. 2.º: Sunt autem agnati..... cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati.

² L. XII Tab., tab. V, art. V, Gaii *Comment III*, § 17; Cic. Top. 6.

³ Quod jus quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere..... Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. — *Comm. III*, §§ 18 e 25.

genhosamente construído por esses admiráveis architectos da jurisprudência romana tinha por destino aluir-se onde quer que não era cimentado sobre uma base natural.

«Todos os sentimentos dominantes dos romanos primitivos se vinculavam ás relações de família. Mas que era a família? O Direito definia-a d'um modo e a afeição natural d'outro. No conflicto entre um e a outra nasceu o sentimento que procuramos analysar, e tomou a forma do enthusiasmo pela instituição que permittia á afeição assegurar a fortuna das pessoas bem amadas ¹.»

Assim é que na *Edade Media*, consagrado no direito feudal o privilegio do primogenito para centralisar os bens immoveis, a liberdade de testar dos moveis nalguns paizes tornou-se um meio de remover os efeitos do monopolio legal em favor do mais velho e de restabelecer a egualdade entre os filhos.

14. Occorre, porem, perguntar por que razão, sendo o fim da liberdade testamentaria em Roma proporcionar meio de atacar a successão legitima, permittindo dar satisfação aos novos sentimentos, se não reformou o direito successorio estabelecido, em vez de se outorgar um poder que facilmente podia conduzir aos abusos mais revoltantes, e que se prestava assim a que os intuitos do legislador fossem ludibriados em detrimento da justiça e da moralidade social.

Com effeito, ao nosso criterio actual afigura-se facil uma re-formação neste sentido, tanto mais que a opinião parecia reclamar-a. Seria um meio directo, expedito, de sair da difficuldade, sem se incorrer num perigo novo, qual o de erigir a vontade caprichosa dos individuos em norma de justiça.

Mas o criterio de hoje illude-nos facilmente, quando o applicamos á apreciação das instituições do passado. Os codigos da antiguidade o que menos são é revolucionarios. O seu destino é essencialmente conservador. Não innovam, registam. O Direito está todo creado e organizado nos costumes. Uma classe privilegiada é depositaria e interprete. Essa classe tende naturalmente a converter o encargo em instrumento de oppressão, e não raro se destaca nas respostas do oraculo a voz do interesse. Contra as

¹ *Ant. Dir.*, pag. 211.

pretensões d'essa oligarchia ambiciosa e hostil só ha um recurso: democratisar o Direito, isto é, tiral-o do mysterio para a luz; das incertezas da exegese para a fixidez do texto; tornal-o accessivel, perpetual-o pela escripta. Os codigos são archivos. O Direito divino desvenda-se, o que é o primeiro modo de tornar-se humano. *Themis* digna-se de patentear-se á multidão.

Mas não espereis encontrar innovações francas, abertamente revolucionarias. Em theoria o Direito permanece inviolavel; tal é o caracter que mantém sempre em Roma. Renova-se sim, e em parte nenhuma as instituições juridicas tiveram um desenvolvimento tão amplo, tão completo, tão perfeito. Mas esta renovação é gradual, insensivel, dissimulada sob a apparencia de identidade permanente, como as renovações moleculares nos corpos vivos.

Assim comprehende-se quanto é pouco crível que as successões legitimas podessem apparecer para logo assentes sobre a base nova da consanguinidade no codigo decemviral.

15. Dando ao chefe de familia o poder de testar, o legislador levava em mira que a vontade do testador regulasse mais equitativamente a distribuição do patrimonio familiar, do que segundo a legalidade. O fim d'esta provisão da lei fundamental dos romanos foi, sem duvida, como fica ponderado, introduzir o elemento equitativo e sentimental nos rigores do direito civil. Afinal, que melhor regulador do que o affecto paternal e parental numa epocha em que as affeições de familia conservavam essa intensidade caracteristica do periodo patriarchal?

16. Mas reconhecendo a liberdade de testar, a *Lei das XII Taboas* nada innovava; nada mais fazia que sancionar costumes que se foram introduzindo insensivelmente. O testamento existia ha muito. Primordialmente era apenas subsidiario para um caso de ausencia completa de pessoas com direito á successão. Tal pensamos ter sido o caracter do testamento *calatis comitiis* e do testamento *in procinctu* derivado d'elle. Mas é bem natural que mais tarde o testamento começasse a desempenhar uma nova missão, a de concertar as successões em harmonia com as affeições pessoas do testador, ainda quando não estivesse inteiramente extincta a lista dos successores legitimis.

Isso, porem, só poderia verificar-se por uma forma indirecta

e desviada, que não atacasse de frente o direito estabelecido. A semelhante resultado se não prestava evidentemente o testamento propriamente dicto, que era feito sob a auctoridade dos individuos que poderiam ser prejudicados com a disposição testamentaria.

17. E aqui nos apparece por uma nova face a importancia do testamento *per aes et libram*. Surgindo ao lado do testamento *calatis comitiis*, que era, como supponho, um privilegio dos que tinham representantes na assemblêa das curias, este expediente plebeu, que certamente fez mais tarde o seu apparecimento entre os factos juridicos da sociedade romana¹, começa por exercer a funcção, até então peculiar, do testamento patricio ordinario e do testamento militar ou *in procinctu*, e vai até converter-se em um instrumento revolucionario, de que o chefe de familia começa a servir-se para antepor a sua vontade e as suas predilecções pessoas ao principio legal em materia de successões.

Por que estava esta funcção reservada ao testamento *per aes et libram*? Por uma razão muito simples: porque elle não é propriamente um testamento, é uma venda da herança, em que não intervêm os parentes successiveis; um arranjo particular entre o auctor da herança e o seu herdeiro, na presença das testemunhas e do porta-balança. É uma transmissão *entre vivos*. O vendedor não priva só algum herdeiro legitimo, priva-se a si proprio do seu patrimonio.

Assim, por este meio dissimulado, o possuidor dos bens faz prevalecer a sua vontade e os dictames naturaes da affeição sobre o rigorismo do direito successorio; e a *Lei das XII Taboas*, estabelecendo a liberdade testamentaria, não fez senão sancionar um facto que estava já nos costumes, generalisar uma liberdade que uma parte da população exercia já, com effeito, a beneficio das inclinações pessoas do chefe de familia.

18. Nos termos genericos em que está concebida a provisão d'aquelle codigo, ao mesmo tempo que sanciona a liberdade de

¹ Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. — Gaii *Comm.* II, § 102; § 1.º, l. 2, 10.

testar, parece reconhecer a *forma* por que ella era exercida e considerar a mancipação como meio adequado ás disposições por morte. Então provavelmente é que o testamento mancipatorio se destacou da mancipação *commum*, deixando de produzir efeitos exequiveis em vida.

19. Ao mesmo tempo torna-se o expediente *commum* de toda a população, convertendo-se numa instituição geral. Esta importância explica os aperfeiçoamentos successivos por que passou, já no direito civil, já no direito pretoriano.

Os comícios, cuja intervenção perdia assim o primitivo sentido, e que por outro lado offereciam o inconveniente de se reunirem apenas em Roma e só duas vezes no anno, converteram-se numa especie de repartição de registo dos testamentos, os quaes, embora não fossem depositados por escripto, eram recitados perante a assemblêa, que se presumia tomar nota. Na epocha de Gaio o testamento *calatis comitiis* tinha cahido inteiramente em desuso ¹.

Mas o testamento *per aes et libram* havia passado tambem por notaveis modificações ².

Até á promulgação das *XII Taboas* produzia effeitos immediatamente exequiveis, e é de crer porisso que não fosse feito senão em artigo de morte, o que por outro lado é indicado nas palavras do jurisconsulto Gaio: «Qui neque *calatis comitiis*, neque *in procinctu* testamentum fecerat, is, *si subita morte urgebatur*, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat ³.»

Depois que deixou de transferir a fruição immediata da herança, ficou todavia *irrevogavel*.

20. Meio de dispor para depois da morte, nem por isso perdeu a natureza contractual. O testador não ficava menos ligado por aquelle acto de alienação. Arrependendo-se, não havia meio de fazer valer o arrependimento. O herdeiro que tomava parte

¹ Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per *aes et libram* fit, in usu retentum est.— *Comm. II*, § 403.

² Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat. — *Ibid.*

³ *Comment. II*, § 402.

no acto mancipatorio, a titulo de comprador, adquiria um direito certo e irretractavel. Como, porem, o gozo d'esse direito dependia da morte do testador, o seu interesse consistia em apressar essa morte ¹.

Procurou-se remediar estes inconvenientes. Era necessario que o acto de testar despisse a natureza de contracto, e tomasse para os effeitos juridicos a de liberalidade, que essencialmente era; que deixasse de ligar irremissivelmente o testador, e ao contrario lhe conservasse plena liberdade até á morte.

Desapparece a mancipação? Não; pratica-se ainda, mas como formalidade, em respeito ás tradições; é como um órgão atrophiado que continúa a reproduzir-se no organismo depois de ter cessado a sua função natural. O logar proeminente cabe agora á declaração do testador. Até agora contractava, agora dispõe. Em vez de duas vontades prendendo-se reciprocamente, uma unica vontade soberana e perpetuamente livre.

Desapparece o *emptor familiae*? Tambem não; sómente deixa de ser o herdeiro para ser um figurante inteiramente extranho aos interesses de que se trata. Como a scena, de real, se tornou representativa, este papel é desempenhado por um actor, que toma o logar do personagem verdadeiro.

Fica o alienante, sim, porque a sua vontade é alli a unica realidade juridica ².

21. Já na forma primitiva d'este testamento o testador moribundo costumava, por occasião da cerimonia da mancipação, fazer certas recommendações ao herdeiro sobre os valores que desejava que elle desse depois da sua morte. Mais tarde estas recommendações faziam-se por escripto, inserindo-se nas taboas a disposição testamentaria completa. Assim, bastava apresental-as e declarar o testador perante as pessoas presentes que alli se continha a expressão das suas vontades: isto equivalia a repetir uma por uma as disposições escriptas ³.

¹ Theoph., *Paraphr.* II, X, § 1.º *in fin.*

² Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. — Gaii *Comm.* II, § 103.

³ Et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. — Gaii *C.* II, § 104.

Estas declarações, insertas nas taboas e authenticadas pela *nuncupação* ou declaração oral, tornaram-se pouco e pouco elemento preponderante, e emfim constituíram a essencia do testamento.

Desde então desaparecem os ultimos effeitos da mancipação, e entre elles a *irrevogabilidade*. O testamento é agora *secreto* e essencialmente *revogavel*, compondo-se de duas partes: uma *formal*—*familiae mancipatio*, a outra *substancial*—*testamenti nuncupatio*.

Eis ahi a historia da revogabilidade dos testamentos: attributo que parece que não devia ter historia, tanto se afigura natural que acompanhasse o testamento desde os seus inicios, mas que de facto a tem percorrendo por um bem longo periodo.

SECÇÃO 2.^a

Systema romano sobre a revogação em materia testamentaria

§ 1.º

Testamento nullo. Necessidade da instituição ou desherdação formal dos herdeiros *seus*

SUMMARIO

22. Não só a revogação pelo testador, mas causas diversas produzem a *inefficacia* das disposições *validas*. — 23. *Infirmiação* e *nullidade*. — 24. Causas da nullidade. — 25. O espirito e a letra das *XII Taboas*. Abusos da liberdade de testar. — 26. Instituição ou desherdação formal. Sentido e extensão das novas providencias. O pretor. Legislação egualitaria de Justiniano em relação aos filhos.

22. Suppondo *validas* em principio as disposições testamentarias, não era a revogação pelo testador a causa unica pela qual podiam tornar-se ulteriormente *inefficazes*. Diversas causas supervenientes produziam este resultado, e davam origem a certas qualificações dos testamentos que se tornavam insusceptíveis de cumprir-se, ora em attenção á vontade do testador, certa ou presumida, ora por falta de outras condições legaes para a sua execução. As *Institutas* inserem um titulo que se inscreve: *Quibus modis testamenta infirmantur* ¹, alem d'outro especial para os legados ². Numerosas disposições enchem varios titulos do *Digesto* e do *Codigo*, referentes a este assumpto ³.

¹ Liv. II, tit. XVII.

² Liv. II, tit. XXI — *De ademptione legatorum*.

³ Vid. *Dig.*, liv. XXVIII, tit. III e IV; liv. XXXIV, tit. IV; liv. XXIX, tit. V e VI; liv. XXXIV, tit. IX; liv. XLIX, tit. XIV; — *Cod.*, liv. VI, tit. LI; liv. VIII, tit. LVIII; liv. VI, tit. XXXIV e XXXV.

23. Só o testamento valido (*jure factum*) podia infirmar-se (*infirmari*). O que desde o principio era inutil por não haverem sido cumpridas as formalidades e condições legaes, caracterisava-se por diversas expressões, que os commentadores resumiam numa designação generica—*nullum*¹. O testamento, porem, cuja nullidade provinha de omissão das solemnidades externas, chamava-se mais propriamente *injustum*². Papiniano, referindo-se a esta causa de nullidade, caracteriza o testamento pela expressão *non jure factum*³. A designação generica — *nullum* encontra-se tambem nas *Institutas*⁴. Noutros logares das leis romanas o testamento nullo apparece ainda com as qualificações de *inutile*, *imperfectum*, *nullius momenti*, sendo esta ultima expressão apropriada no *Digesto* á nullidade resultante da preterição do filho sob o patrio poder do testador⁵. Nisto, porem, não esperemos encontrar uniformidade, porque já as *Institutas*, falando d'esta ultima especie de nullidade, empregam o adverbio *inutiliter*⁶.

24. Diversas eram as causas de nullidade de um testamento. Os commentadores reduzem-n-as a duas classes, conforme a nullidade resultava da falta de alguma solemnidade externa estabelecida na lei, ou da falta de algum outro requisito legal⁷. Por este ultimo fundamento era nullo o testamento d'aquelle que, no momento de testar, não gozava da testamentifacção, ou a não tinha com o herdeiro instituido; o testamento em que não havia instituição de herdeiro, ou em que a vontade do testador ficava incerta; o que encerrava instituição captatoria ou condicional, se a condição era, á feitura do testamento, verificavel em sentido oposto á instituição; finalmente, o testamento em que havia omissão de alguns herdeiros legitimis, de quem a lei exigia que o testador se lembrasse, ao menos para os desherdar formalmente⁸.

¹ Waldeck, *Institutiones*, § 423.

² Wald., *ibid.*; Heinec., *Elementa Jur. Civ.*, parte V, liv. XVIII, tit. III, § 28.

³ L. 1 D. 28, 3.

⁴ § 7 I., 2, 17.

⁵ L. 1 D. 28, 3.

⁶ Alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur.—Pr. I. 2, 13.

⁷ Wald., § 423.

⁸ Warnkoenig, *Comment. Jur. Rom. Privat.*, n.º 1035.

25. Falámos já do poder amplo que a *Lei das XII Taboas* reconhece ao chefe da família para dispor em testamento; e accentuámos a idéa de que esta liberdade, ao parecer, illimitada encontrava com effeito limite nos costumes, e que, ao outorgal-a, não fôra intuito do legislador sancionar o arbitrio na distribuição do patrimonio familiar, ainda com menospreso dos parentes mais proximos, arbitrio contrariado pela opinião corrente e pela pratica consuetudinaria; mas sim offerecer um meio de concertar as successões legitimas no que ellas offereciam de menos congruente com os novos sentimentos, sem ataque directo á inviolabilidade do direito estabelecido. O legislador não curou de restringir aquella liberdade, porque nem mesmo pensava que ella podesse servir de instrumento de iniquidade contra os direitos mais sagrados da família, quando o seu fim era assegurar-os mais em harmonia com os laços naturaes.

Appareceram, porem, os abusos, a que se prestava o texto da lei, e tanto esses abusos encontravam as intenções do legislador das *XII Taboas*, que foi a titulo de genuina interpretação d'aquelle codigo que se procurou prevenil-os — *sed id interpretatione coangustatum est*, como diz Pomponio, que ao mesmo tempo observa que aquella amplissima liberdade de testar é apenas apparente — *latissima potestas tributa videtur*¹.

26. A primeira providencia que se tomou foi obrigar o testador, sob pena de nullidade do testamento, a desherdar expressamente o filho que tinha sob o seu poder e que não queria instituir. Tão inverosimil e tão grave era este facto, que se julgou que não bastava a omissão para dar plena certeza da vontade do testador. Era pois necessario que a affirmasse de um modo inequivoco. Porventura procurava-se d'esta forma obrigar o testador a reflectir e a escutar as reclamações da consciencia, antes de se decidir pela condemnação do seu herdeiro natural. Bem ponderosos motivos deviam pesar, com effeito, no animo d'este juiz paternal, quando, ao cabo d'este intimo debate, a balança inclinasse ainda do lado da severidade.

¹ L. 120 D. 50, 46.

Que o desherde pois, se pode. Se o não fizer, embora o filho morra em vida do pae, não é por isso menos nullo o testamento — *quia scilicet ab initio non constiterit testamentum* ¹.

A desherdação devia ser especificada e nominativa (*nominativum*). Mas as filhas e os netos existentes na familia (*per virilem sexum descendentes*) e collocados sem intermedio sob o poder do testador, tambem deviam, como herdeiros *seus*, ser instituidos ou desherdados, comtudo podiam sel-o de um modo geral (*inter ceteros*), e a sua omissão não acarretava a nullidade do testamento, ficando-lhes direito apenas a concorrer com os herdeiros instituidos e a receber da herança uma parte determinada.

Quanto aos filhos emancipados, cuja condição certamente houve a intenção de melhorar, como já ponderámos, com a instituição testamentaria, e para quem o amor paternal devia naturalmente volver um beneficio, que a lei, na rigidez da logica, não podia assegurar-lhes no caso de successão *ab intestato*, — quanto a esses, se a ternura do pae, convidada aos officios da piedade natural pela propria lei que lhe poz na mão o testamento, os não contemplou, tambem a lei civil nada pode fazer por elles. Por quê? Porque não estão sob o poder do chefe, não são herdeiros *seus*, e não ha pois necessidade de institui-los ou de desherdal-os. O testamento em que forem omissos é valido. O pretor é que vem, em nome da equidade, dar a *posse dos bens* contra as *taboas do testamento*, quer dizer, rescindil-o com effeito e de um modo total ². Desde então o *bonorum possessor* tem o interdicto *quorum bonorum* para garantir-lhe a posse dos bens, ou antes para assegurar-lhe o meio de entrar numa posse effectiva, que a usucapião transformará em propriedade quiritaria ³. O resultado d'esta rescisão pretoriana é fazer abrir em proveito dos filhos, tanto preteridos como instituidos, uma successão toda especial, parte opposta e parte conforme ao teor do testamento ⁴.

Contrariamente ao que fica exposto dos filhos emancipados e segundo a mesma ordem de principios, a instituição ou a des-

¹ Pr. I. 2, 13.

² § 3.º I. 2, 13.

³ Vej. Marezoll, *Précis*, trad. de Pellat, § 174, sobre as relações da *hereditas* com a *bonorum possessio*, e Maine, *L'Ancien Droit*, pagg. 200 e 201.

⁴ Marezoll, *obr. cit.*, § 187.

herdação dos filhos adoptivos é, pelo direito civil, essencial para a validade do testamento. A coherencia assim mandava, uma vez que as relações da familia romana tinham por fundamento o poder paternal. Em quanto pois estes filhos estivessem sujeitos ao poder do adoptante — *quamdiu sunt in potestate patris* ¹, não podia o direito civil, sem contradicção, distinguil-os dos descendentes por justas nupcias, ao passo que o pae segundo a natureza não tinha necessidade nem ainda possibilidade de os desherdar, visto que os não tinha sob o seu poder, e não se podia desherdar quem não fosse pela lei chamado á herança. Se, porem, os adoptivos fossem emancipados pelo adoptante, ficavam fóra tanto da familia d'este, como da de seu pae natural, d'onde os havia tirado a adopção. Nenhum d'elles tinha pois em rigor necessidade de mencional-os em testamento. Comtudo o direito pretoriano considerava-os, a respeito do verdadeiro pae, como se tivessem sido por este emancipados, dando-lhes, á falta de instituição ou desherdação, a posse dos bens *contra tabulas* ².

Justiniano introduziu na legislação relativa a este capitulo do direito romano importantes modificações, approximando-se da egualdade natural dos filhos. Não ha já differença entre os filhos e as filhas ou outros descendentes *per virilem sexum*, que o testador tenha immediatamente sob o seu poder. Tambem em que se fundava tal differença? Não eram todos egualmente chamados pela *Lei das XII Taboas* á successão *ab intestato*? ³ Os emancipados, com quanto saídos do poder do testador, eram equiparados aos que se conservavam sob esse poder. A lei civil andara até então afastada da lei do affecto. Os legistas consideravam a emancipação como uma forma de repulsão, quando na realidade ella era uma graça concedida ao bem amado ⁴. Tambem Justiniano encontrou a reforma feita, havia muito, pelo pretor, e não fez mais que sanccional-a. Qualquer pois d'estes descendentes, quando não fosse instituido, havia de ser desherdado *nominativamente*; aliás o testamento era nullo. É a doutrina das *Institutas* ⁵.

¹ § 4.º I. 2, 13.

² I., log. cit.

³ et lege antiqua Duodecim Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, § 5.º I. 2, 13.

⁴ *Ancien Droit*, pag. 210.

⁵ § 5.º I. 2, 13.

Pelo que toca aos effeitos da adopção, o direito não mudou para os filhos adoptados por um ascendente, mas foi invertido para os adoptados por um extranho (*extraneo*). Neste caso o filho continuava herdeiro *seu* do pae *natural*, e este é que carecia de desherdal-o, se o não instituísse. O pae adoptante podia omittil-o, e sobre a herança d'elle o filho só tinha direitos *ab intestato*.

Os filhos *postumos* do testador, esses mesmos, deviam ser, á falta de instituição, desherdados *nominativamente*, sem distincção de sexo; aliás o testamento era *rompido* pelo seu nascimento. Voltaremos sem demora a falar dos *postumos*, e já ahi deixamos lançados elementos sufficientes para a facil comprehensão do que temos a expor.

§ 2.º

Testamento inofficioso

SUMMARIO

27. Ligação. — 28. Testamento *rescindível*. — 29. Noção do patrio poder. Herdeiros *seus*. Condomínio familiar. — 30. Desherdações injustas. Theoria da inofficiosidade. — 31. É o complemento da theoria da instituição ou desherdação formal. — 32. É o expediente protector dos direitos de consanguinidade. Evolução do poder testamentario das mulheres; testamento da mãe. Testamento do ascendente materno. — 33. Conclusão: a quem aproveita a acção de inofficiosidade? — 34. A *legítima*, resultado natural da inofficiosidade. Direito das *Novellas*.

27. Enumerámos as causas de nullidade dos testamentos, e occupámo'-nos mais detidamente de uma d'ellas por ter com o nosso assumpto mais estreitas relações. Essa causa é, como já se sabe, a *preterição* dos filhos e outros herdeiros *seus* no testamento do chefe de familia. Havemos de referir-nos ainda ao testamento da mãe e ao do avô materno.

28. Cumpria agora falar dos casos de inefficacia ou *infirmiação* dos testamentos *validos* em principio. Ha, porem, ainda uma especie de testamento, que, com quanto seja, segundo o direito rigoroso, valido, pode todavia ser annullado ou antes rescindido, não em nome de uma circumstancia superveniente, mas por motivos actuaes á feitura d'elle. É um testamento rigorosamente habil para invocar-se, mas que o uso tornou exposto a ser atacado em nome da *piedade parental* injustamente postergada no acto de testar. Em todo o caso é num vicio original do testamento que o ataque se basêa, e tanto que se compara ao testamento de um desasisado, sem se affirmar positivamente que o testador estivesse em demencia — *quasi non sanæ mentis fuerint cum testamentum ordinarent* ¹. Queremos falar do testamento *inofficioso*.

¹ Pr. I. 2, 18.

As *Institutas* claramente o distinguem do testamento *nullo*, attendendo a que, com quanto o procedimento do testador accuse um juízo pouco recto, se não trata de um caso de loucura propriamente dicto ¹. E, por esta razão, também os commentadores mencionam esta especie em separado da nullidade e ao lado dos casos de inefficacia derivada de circumstancias supervenientes á feitura do testamento. Como a nullidade é aqui dependente da procedencia da acção de rescisão — *querela inofficiosi*, e só desde a declaração de inofficiosidade pelos centumviros é que o testamento se considera nullo, sendo comtudo originariamente valido, — chamam-lhe — *rescissum* ².

É um testamento juridico, capaz de produzir effeitos e de executar-se, se não vier inutilisal-o a acção de inofficiosidade, de que bem pode prescindir o queixoso, desistindo d'ella, reconhecendo directa ou indirectamente o testamento como bom e valioso, deixando prescrever a acção ou transigindo depois da morte do testador com os herdeiros instituidos ³.

Nós, porem, preferimos mencionar esta especie logo depois da nullidade e antes da doutrina da *infirmiação*, que propriamente só resulta de causas posteriores á confecção do testamento, e que em rigor significa a inutilisação do testamento legal e moralmente bem feito, ao abrigo, portanto, de qualquer ataque fundado em *vicio originario*. Também no titulo *Quibus modis testamenta infirmantur* — as *Institutas* não incluem a rescisão por inofficiosidade, antes parece que classificam os testamentos com este vicio entre os que genericamente denominam *irregularmente feitos* — *non jure facta* ⁴.

29. O que era, porem, a inofficiosidade? Era o complemento racional da theoria da instituição ou desherdação expressa, que fica exposta.

Sabemos já que o pae de familia, testando, tinha necessidade

¹ Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est. I., log. cit.

² Wald. § 431; Heinec., *Elementa etc.*, tom. 3.º, § 31.

³ Vej. os logares cit. por Ortolan, *Explic. Hist.*, 2.º vol., n.º 803.

⁴ Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure facta dicuntur; quaedam jure facta rumpi vel irrita fieri. — § 5.º I. 2, 17.

de instituir ou desherdar os herdeiros *seus*, para que o testamento valesse. Esta expressão *herdeiros seus* carece de uma ligeira explicação.

Herdeiros *seus* — *sui heredes* — são os herdeiros de si próprios. Isto prende intimamente com a theoria romana do poder paternal e do condominio familiar.

O patrio poder, considerado em cada familia, extendia-se a todas as gerações de descendentes *pelos varões*, sem distincção de idade, extinguindo-se apenas, como direito do chefe, por sua morte, e quanto á sujeição dos filhos, por morte de todos os ascendentes paternos, ou por algum acontecimento que tivesse por effeito excluir-os da familia, como a emancipação, a subordinação de uma filha que casasse ao poder do marido (*manus*), o ingresso numa familia extranha por via da adopção.

O patrio poder era privilegio dos ascendentes varões. O pae de familia exercia-o conjunctamente sobre os filhos ou filhas havidas de justas nupcias e sobre os descendentes dos filhos varões que casassem. As filhas, casando, em regra ficavam sob o poder de seu marido e na familia d'elle, á qual pertenciam os filhos que tivessem, sujeitos ao poder do proprio pae ou do ascendente d'este que d'elle estivesse depositario.

Quando o ascendente, chefe da familia, morria, os descendentes sobre quem immediatamente exercia a *potestas*, homens ou mulheres, ficavam desde logo *sui juris*, qualquer que fosse a sua idade, e eram *patres-familias* ou *matres-familias*, embora não tivessem filhos nem fossem casados. Para os descendentes varões, assim libertados do poder paternal, passava este mesmo poder em relação a seus filhos ou netos, segundo os mesmos principios.

Qualquer dos membros da familia, collocado *immediatamente* sob o poder do chefe, era herdeiro *seu* e *necessario*: estavam neste caso os filhos e filhas do pae de familia e os netos ou netas havidas de algum filho, com tanto que este tivesse deixado de pertencer ao gremio familiar, ou por morte ou por qualquer das causas que libertavam do poder paternal. O neto ou neta tomava então o logar de seu pae¹.

¹ § 2.º I. 2, 19.

Por que se chamavam herdeiros *seus*? Dizem-n-o as *Institutas* no mesmo logar: *sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*. São em certo modo proprietários com o chefe da corporação familiar. A propriedade é *dominium*: pertence á casa, á familia. O chefe administra e dispõe em vida, mas, morto elle, o patrimonio não muda de proprietario; conserva-se na corporação a que em rigor pertencia. O proprietario é perpetuo: as corporações não morrem. É verdade que os direitos componentes do dominio nunca são exercidos pela collectividade, sempre por um só membro d'ella; todavia esta prerogativa não é inherente é pessoa, mas á função, ao cargo de chefe, e a função é permanente, como o ser colectivo, em cujo dynamismo vai integrar-se. O *pater-familias* é uma corporação só no sentido que o direito inglez liga a esta expressão. Segundo este direito, ha corporações *aggregadas* e corporações *sós*. A corporação aggregada é uma verdadeira corporação; a corporação só é um individuo, membro de uma serie de individuos, que é investido, por uma ficção, das qualidades da primeira ¹. Temos exemplo de uma corporação só num cura de parochia.

Os herdeiros *seus*, sendo condminos com o chefe, e recebendo, quando por morte d'elle se tornavam *sui juris*, a parte respectiva do patrimonio que elle deixava, não herdavam do fallecido, mas, antes, d'esse ser perpetuamente vivo de que faziam parte e a cuja direcção bastava a eleva-los o só facto da morte do chefe anterior — herdavam pois, em certo modo, de si proprios — *heredes sui*.

30. Por esta razão, *mal se acreditava* que o *pater-familias* desviasse, por via de testamento e em proveito de algum herdeiro de sua escolha, direitos que assim estavam radicados nos herdeiros legitimos, não obstante a plena soberania de que, para tanto, parecia investil-o a *Lei das XII Taboas*. Seria necessario que elle os desherdasse expressamente, porque então nenhuma duvida havia da sua intenção, e era forçoso admittir que graves motivos

¹ *Anc. Droit*, pag. 178.

o haviam determinado a uma exclusão que era como a excommunição de um membro indigno, fulminada á hora da morte pelo pontifice maximo da egreja familiar sob a pressão de um austero pensamento de justiça.

Todavia a observação demonstrou que muitas vezes essa justiça cedia o logar ao arbitrio mais injustificavel, por quanto muitos ascendentes desherdavam os seus filhos sem motivo — *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant* ¹.

Toda a vez que a consciencia dos pacs já não merecia confiança, era necessario que a lei provesse de remedio. Similhantes desherdações infundadas eram tão extravagantes, tão fóra da regra natural dos actos humanos, que foram consideradas como producto de desequilibrio mental, e com este fundamento poderam ser annulladas. Foi assim que se introduziu a acção do testamento inofficioso. *Inofficioso* por ser contrario ás inspirações naturaes da piedade parental.

Aos centumviros cumpria vêr até que ponto era justa a exclusão do herdeiro queixoso, e pronunciar a annullação do testamento. Os fundamentos para tal exclusão não eram taxados; os magistrados que se dirigissem pela sua consciencia. O arbitrio de muitos a julgar do arbitrio de um só. Tambem Justiniano intendeu necessario adstringir os testadores e os magistrados a uma taxaçaõ legal d'esses fundamentos. Os primeiros deviam apontar qualquer d'elles; os segundos verifical-o ².

31. Assim pois os herdeiros *seus* do testador, ainda postumos, e os emancipados equiparados aos herdeiros *seus* na legislação de Justiniano, ou eram preteridos no testamento do ascendente, e neste caso, segundo o que noutro logar expozemos, o testamento era nullo, ou rompido pela agnação do postumo; ou, não sendo preteridos, eram desherdados injustamente, e tinham então o recurso da *querela inofficiosi*. Este recurso era subsidiario, e não servia senão á falta de outro meio de chegar á herança no todo ou em parte. Não aproveitava pois áquelles que, havendo sido preteridos no testamento, tinham o direito de invocar a nullidade

¹ Pr. I. 2, 48.

² *Novella 115*, cap. 3.º

ou a ruptura que resultava d'essa omissão. Nem mesmo aproveitaria, antes de Justiniano, ás filhas ou netos ou filhos emancipados do testador, em caso de preterição, d'onde não podia ainda decorrer a nullidade do testamento, porque, tratando-se de filhas ou netos, ficava-lhes o direito de concorrer com os herdeiros instituídos; tratando-se dos emancipados, lá estava o meio pretoriano da posse contra as taboas, como já foi dicto. Em qualquer dos casos a *querela inofficiosa* não tinha logar.

Aqui temos pois como a theoria da inofficiosidade vinha completar a theoria da instituição ou desherdação obrigatoria.

32. Mas não era só aos herdeiros a respeito dos quaes existia a obrigação de os instituir ou desherdar expressamente, que aproveitava a acção de inofficiosidade. O quadro d'estes herdeiros, por demasiado restricto, não satisfazia plenamente ás exigencias dos novos sentimentos, que de dia para dia se pronunciavam mais no sentido de dar a preponderancia, em materia de successões, a toda a ordem de relações consanguineas que mais estreitamente ligavam o testador aos membros da familia natural. Por outro lado, a annullação do testamento por falta de menção expressa só era applicavel ás disposições do chefe civil da familia, que preteria os descendentes sujeitos ao seu poder ou os filhos emancipados. Mas que direito caberia aos descendentes a respeito do testamento de sua mãe ou do seu ascendente materno?

Os filhos não eram herdeiros *seus* da mãe, porque a esta faltava a primeira condição para ter herdeiros d'esta especie, isto é, o exercicio do patrio poder sobre os filhos. O patrio poder era, como dissemos, privilegio dos varões. Logo bem podiam os filhos ser omissoes no testamento d'ella, sem que d'ahi viesse nullidade ao testamento. É verdade que as mulheres, saindo do poder paternal ou marital e ficando *sui juris*, eram *matres-familias*, mas nem por isso exerciam a *potestas* a respeito dos filhos. O seu poder começava e terminava nellas. Não tinham outra familia civil que ellas proprias. *Mulier autem familiae suae et caput et finis est* — dizia conceituosamente Ulpiano ¹.

Durante muito tempo as mulheres em Roma foram tuteladas.

¹ L. 193 D., 50, 16.

Eram sujeitas á tutela as mulheres *sui juris*, ainda as puberes — *etiam perfectae aetatis*¹. Esta tutela era perpetua. Em quanto a tutelada era impubere, o tutor administrava-lhe os bens e interpunha a sua *auctoritas* segundo as regras geraes sobre as tutelas dos impuberes; chegada á puberdade ou nubilidadade, administrava ella o seu patrimonio, mas a *auctoritas* do tutor não era dispensavel nos actos juridicos com que ella podesse tornar peor a sua condição. Á falta de tutor testamentario, que podia ser nomeado pelo *pater-familias* ou pelo marido, pertencia o encargo tutelar aos agnados, tutores legitimos. Só não havendo agnados era o tutor de nomeação dos magistrados.

As mulheres em tutela perpetua não podiam testar sem auctorisação do tutor². Ora o mais das vezes o tutor era um agnado, isto é, um herdeiro *ab intestato* segundo a *Lei das XII Taboas*: comprehende-se quanta difficuldade teria então a tutelada em obter essa *auctoritas*, com que o tutor poderia ir validar um testamento que o repellisse da successão.

Em principio a nenhuma mulher era dado testar. Ás filhas de familia nunca o foi, porque nenhum peculio possuiam; ás mulheres *sui juris* tambem o não foi, em quanto esteve em uso o testamento *calatis comitiis*, porque a entrada nos comicios lhes era vedada. Introduzidas as outras formas de testamento, as *matres-familias* poderam dispor sob a condição preliminar de uma *coempção* seguida de *remancipação* e *manumissão*. Só no tempo de Adriano foi eliminada a necessidade d'estes actos previos, permanecendo o requisito da auctorisação do tutor, em quanto houve tutela perpetua³.

¹ Gaii *Comm. I*, § 144.

² Observandum praeterea est, ut, si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, (auctoribus iis quos) tutores habet, facere debeat: alioquin inutiliter jure civili testabitur. — Gaii *Comm. II*, § 148.

³ . . . tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent, remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit. — Gaii *Comm. I*, § 145. A *coempção testamenti faciendi gratia* consistia em que a mulher que desejava testar *mancipava-se*, por ex., a Ticio, com contracto de *fiducia*, pelo qual Ticio se obrigava a *remancipal-a* a um terceiro que ella designaria. Ticio remancipava a mulher a Mevio, por ella designado. Mevio *manumittia-a*, e desde então ficava capaz de testar.

A tutela perpetua, suavizada por differentes medidas legislativas, extinguiu-se de todo, sem que possa dizer-se quando, nem como ¹.

Assim as mulheres *sui juris* conseguiram pouco e pouco des-
embaraçar-se dos obstaculos que um direito accidentado punha
á expressão juridica das suas ultimas vontades.

Como já observámos, bem podia a mãe testadora passar em
silencio os filhos, sem que isso prejudicasse a validade do acto.

O mesmo diremos dos ascendentes maternos, porque os filhos
pertenciam á familia de seu pae, e não á familia de que a mãe
havia saído para o poder marital. O ascendente materno não
podia pois exercer o poder paternal sobre os netos, e não care-
cia, em consequencia, de mencional-os, testando. O silencio da
mãe e do ascendente materno produzia o mesmo effeito que a
desherdação do pae ².

33. Mas, assim como esta desherdação, podia aquella omissão
ser infundada. Desde então offendia o dever moral da piedade
parental, e denunciava da parte do disponente uma especie de
insanidade, que bastava a fundar a annullação do acto pela acção
de inofliciosidade.

D'aqui vem que esta acção aproveita aos descendentes em re-
lação a toda a ordem de ascendentes ³, e, sendo igualmente justa
a reciproca, aproveita a estes em relação aos testamentos dos
primeiros ⁴. Mas os ascendentes não podem intentar a *querela*
senão quando são chamados á successão *ab intestato* dos descen-

¹ Vej. sobre este objecto Gaii *Comm. I.* §§ 144 e segg., 190 e segg., 113 e segg.; L. E. A. Lariche, *Explication des Institutes de Justinien*, pagg. 236, 288, 551; e Marezzoli, *Précis*, § 176

² Nam silentium matris aut avi materni, ceterorumque per matrem ascendentium, tantum facit quantum exheredatio patris. — § 7.º I, 2, 14.

³ Pr. I. 2, 18. — O bom exito d'esta acção com respeito aos postumos não devia ser duvidoso, visto que elles não podiam ter merecido a desherdação ou a omissão no testamento do ascendente. Comtudo pelo *Digesto* conhecemos que os motivos proprios a justificar uma desherdação nem sempre eram pessoas ao desherdado, e que os que fossem imputaveis ao filho do testador o eram tambem ao neto postumo havido d'esse filho (L. 3, § 5.º, D. 37, 4); principio iniquissimo apagado pela ultima legislação de Justiniano, que marcou taxativamente os casos pessoas de indignidade que podiam motivar a exclusão dos ascendentes e descendentes.

⁴ § 1.º I., eod.

A tutela perpetua, suavizada por differentes medidas legislativas, extinguiu-se de todo, sem que possa dizer-se quando, nem como ¹.

Assim as mulheres *sui juris* conseguiram pouco e pouco des-
embaraçar-se dos obstaculos que um direito accidentado punha
à expressão juridica das suas ultimas vontades.

Como já observámos, bem podia a mãe testadora passar em
silencio os filhos, sem que isso prejudicasse a validade do acto.

O mesmo diremos dos ascendentes maternos, porque os filhos
pertenciam á familia de seu pae, e não á familia de que a mãe
havia saído para o poder marital. O ascendente materno não
podia pois exercer o poder paternal sobre os netos, e não care-
cia, em consequencia, de mencional-os, testando. O silencio da
mãe e do ascendente materno produzia o mesmo effeito que a
desherdação do pae ².

33. Mas, assim como esta desherdação, podia aquella omissão
ser infundada. Desde então offendia o dever moral da piedade
parental, e denunciava da parte do disponente uma especie de
insanidade, que bastava a fundar a annullação do acto pela acção
de molliciosidade.

D'aqui vem que esta acção aproveita aos descendentes em re-
lação a toda a ordem de ascendentes ³, e, sendo igualmente justa
a reciproca, aproveita a estes em relação aos testamentos dos
primeiros ⁴. Mas os ascendentes não podem intentar a *querela*
senão quando são chamados á successão *ab intestato* dos descen-

¹ Vej. sobre este objecto Gaii *Comm. I*, §§ 144 e segg., 190 e segg., 113 e
segg., L. E. A. Lariche, *Explication des Institutes de Justinien*, pagg. 236,
288, 354; e Marezoll, *Précis*, § 176

² Nam silentium matris aut avi materni, ceterorumque per matrem ascen-
dentium, tantum facit quantum exheredatio patris. — § 7.º I., 2, 14.

³ Pr. I. 2, 18. — O bom exito d'esta acção com respeito aos postumos não
devia ser duvidoso, visto que elles não podiam ter merecido a desherdação
ou a omissão no testamento do ascendente. Comtudo pelo *Digesto* conhece-
mos que os motivos proprios a justificar uma desherdação nem sempre eram
pessoaes ao desherdado, e que os que fossem imputaveis ao filho do testa-
dor o eram tambem ao neto postumo havido d'esse filho (L. 3. § 5.º, D. 37, 4);
princípio iniquissimo apagado pela ultima legislação de Justiniano, que mar-
cou taxativamente os casos pessoaes de indignidade que podiam motivar
a exclusão dos ascendentes e descendentes.

⁴ § 1.º I., eod.

denes. Se um testador *desherdar* o filho e *omittir* o pae, a acção abre-se primeiro em proveito do filho, mas, se este decahir, falluta-se então ao pae omisso ¹. A mãe omissa no testamento do filho também podia arguil-o de inofficioso, desde que o senatus-consulto *Tertuliano* chamou as mães á successão dos filhos. O testamento de um filho militar que dispoz do peculio castrense não pode ser arguido nem por seu pae nem por seus filhos ².

Restam ainda os irmãos e irmãs germanas e consanguineas do testador, a quem, pelo novo direito, era permittida a arguição de inofficiosidade, fundada cumulativamente em omissão injusta e na preferencia dada a pessoas notadas de infamia — *turpibus personis* ³.

E assim se completa o quadro do que hoje chamamos — herdeiros *legitimarios*.

34. Também a *legitima* havia já apparecido como um resultado natural e necessario da acção de inofficiosidade.

Se a desherdação ou a omissão injusta era fundamento para esta acção, com que porção da herança devia o testador contemplar os herdeiros, para que se julgasse exonerado das obrigações impostas pela piedade parental? Bastaria a mais insignificante deixa para pôr o acto testamentario ao abrigo da accusação de inofficioso? E deveria essa liberalidade forçada ser feita a titulo de herança, ou valeria também na forma de legado ou de doação?

Tratando-se de herdeiros *seus* ou pessoas equiparadas, qualquer legado ou doação não lograria salvar o testamento, se este não consignasse a desherdação nominativa, porque, como sabemos, tal testamento era ferido de nullidade. Mas neste caso não se abria a *querela inofficiosi*, que só tinha logar á falta de outro meio de chegar á herança,

Suppondo, porem, que se tinha escripto a desherdação formal, seria sufficiente qualquer legado para afastar a *querela*? ou selo-hia, á falta de desherdação, a instituição para uma parte minima do patrimonio hereditario? E em relação aos outros herdeiros,

¹ L. 14 D. 5, 2.

² L. 24 C. 3, 28.

³ § 1.º I. 2, 18.— Foi a *Novella* 22, cap. 37, que assignou as causas justas de omissão, que são tres.

que apenas tinham o recurso da queixa em nome do amor parental offendido, que parte dos bens seria necessario attribuir-lhes para os forçar ao respeito das vontades testamentarias, fechando-lhes o meio judiciario da acção por inofficiosidade? Outras tantas difficuldades que veio resolver a theoria da *legitima*.

Herança, legado ou doação, é mister que os herdeiros legitimarios sejam beneficiados com a quarta dos bens do testador, de modo que cada um obtenha a quarta do que lhe caberia *ab intestato*. E requer-se que o testador a deixe por inteiro, ou ao menos que ordene expressamente que, em caso de insufficiencia da disposição, ella seja preenchida *boni viri arbitratu*.

Mas Justiniano estabelece que, embora a disposição seja insufficiente e o testador não mande completar a legitima, — a *querela inofficiosi* fica excluida, e apenas resta uma *acção diversa*, perpetua e transmissivel aos herdeiros, tendente ao implemento da porção devida ¹.

Tal era o direito anterior ás Novellas, que introduziram importantes alterações. A legitima fixa-se em metade da successão, quando ha mais de quatro herdeiros legitimarios; aliás na terça ². Com quanto Justiniano, neste logar, se retira apenas aos descendentes do testador, a opinião geral dos interpretes é que elle quiz supprimir a antiga quarta de um modo absoluto, ainda a respeito dos ascendentes e dos irmãos, que poderão invocar a nova legitima ³.

Não basta que o testador deixe a legitima aos descendentes ou ascendentes em legados ou por outra disposição similhante, se lhes não der a qualidade de herdeiros, ainda que, dando-a, ordene que se contentem com objectos determinados, *salva a acção para implemento da porção legal* ⁴.

Se na instituição de herdeiro o testador *omittir* um herdeiro *seu* ou o filho emancipado, que, pela legislação das *Institutas*, foi equiparado, como vimos, aos herdeiros *seus*, o testamento será

¹ § 3.º I. 2, 18.

² Nov. 18, cap. 1.º

³ Lariche, *Explication*, n.º 1187; contra, Du Caurroy, *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, n.º 660.

⁴ ... siqui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti. — Nov. 113, cap. 5.º; vid. cap. 3.º pr.

ainda *totalmente* nullo, como era pelo direito anterior ás *Novellas*? Este ponto é controvertido, mas boas auctoridades seguem a affirmativa ¹. Fóra d'este caso, é positivo que a preterição ou desherdação de descendentes por ascendentes, ou reciprocamente, sem expressa declaração de alguma das causas legitimas marcadas taxativamente por Justiniano, ou por causa que não venha a ser devidamente provada pelos herdeiros escriptos, é fundamento para a annullação do testamento no que respeita á instituição de herdeiros, ficando subsistentes as restantes disposições, como legados, fideicommissos, manumissões e nomeações de tutores ².

¹ Vej. Warnkoenig, *Comment. Jur. Rom. Privat.*, n.º 1033.

² Nov. 115. capp. 3.º e 4.º — É todavia duvidoso se aqui se trata de verdadeira nullidade, podendo pedir-se a herança *ab intestato*, ou de *inofficiosidade*, sendo o testamento valido, mas atacavel pela antiga *querela inofficiosi*, perimivel pela prescripção de cinco annos, pelo reconhecimento directo ou indirecto da validade do testamento da parte dos interessados, etc. Auctoridades classicas, como Cujacio, Pothner, Vinnio, Voet, affirmam que o testamento assim condemnado pela Nov. 115 não se considerava nullo, mas rescindivel por inofficioso ou inconciliavel com os deveres da piedade, e que por isso as pessoas desherdadas ou omissas não eram dispensadas de intentar a acção de inofficiosidade no praso e pelas formas competentes, sem o que elle subsistiria com todos os seus effectos. Entre os modernos seguem este parecer Du Caurroy (*Institutes de Justinien*, 1.º vol., n.º 661), Ortolan (*Expt. Hist.*, 2.º vol., n.º 802) e Lariche (*Explication*, 1.º vol., n.º 1187). É todavia impugnado por um romanista de justa nomeada — Warnkoenig (*Comment. Jur. Rom. Privat.*, tom. 3.º, n.º 1032), que lealmente confessa estar em desaccordo com a opinião *quasi geralmente seguida* [*ibid.*, pag. 298, nota (2)]

Nós, sem querermos aqui levantar discussão sobre um ponto que não se relaciona proxinamente com o nosso assumpto, collocamo'-nos do lado do maior numero, por nos parecer aquella opinião melhor fundada. Alem de outras considerações, é ella auctorizada pelas proprias expressões da Novella 115 — *rescissum* (cap. 3.º in fin), *rescisso testamento* (cap. 4.º, § 9), *testamentum quidem nullatenus solvi* (cap. 5.º pr.). As seguintes palavras recordam o caracter de acção de injúria que tinha a *querela inofficiosi*: — *Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus* (cap. 5.º pr.). Emfim o argumento, adduzido por Warnkoenig, de que a acção por inofficiosidade se fundava na ficção de insanidade do testador e de que não se compadeceia com este principio a subsistencia de qualquer disposição contida no testamento, como os legados e outras que Justiniano mandava respeitar, seria procedente, se pudesse demonstrar-se que em caso nenhum o testamento inofficioso era apenas infirmado em parte, contra o que vej. L. 19 D. 5, 2, e Lariche, *obr. cit.*, 1.º vol., n.º 1184.

§ 3.º

Testamentum ruptum. A) Por superveniencia de um herdeiro *seu*

SUMMARIO

35. Modalidades da *infirmiação*. — 36. Ruptura do testamento pelo *postumo*. Fundamento theorico da primitiva doutrina em relação aos postumos. — 37. Modificações Permissão de instituir o postumo *seu*. — 38. Permissão de desherdal-o. — 39. Esta primeira modificação é restricta ao postumo propriamente dicto. — 40. Postumos *Velleianos* — 41. Superveniencia civil. *Quasi-postumos*.

35. Finalmente somos chegado, tendo rapidamente percorrido a doutrina da *nullidade* e da *rescisão* por inofficiosidade, ás variedades de testamentos inexequíveis, cuja inefficacia se funda em causas supervenientes á feitura do acto.

Cada variedade d'estas recebeu em direito romano uma denominação propria, segundo a causa que transtornava o testamento de valido em vicioso, e isto pela razão, dada por Justiniano nas *Institutas* — de ser assim mais commodo sob o ponto de vista do methodo ¹. Apparecem aqui o testamento *ruptum*, o *irritum*, o *destitutum*. Aqui é pois occasião de examinarmos a theoria da revogação, que achamos já plenamente desenvolvida ao lado de outras que definem em casos diversos a infirmação do acto testamentario.

A revogação resultante de um acto directo e intencional do testador, tendendo a inutilisar uma instituição legitimamente feita, não tem denominação especifica. O testamento assim juridicamente desvirtuado é *ruptum*, mas a ruptura comprehende mais do que isto.

36. Seguindo a exposição das *Institutas*, o testamento é *ruptum* em primeiro logar pela agnação de um herdeiro *seu*. Digamos

¹ § 5.º I. 2, 17.

assim de um modo geral o que alli se estabelece especificadamente em relação á adrogação e á adopção. Força-nos a isto a necessidade de acompanharmos a evolução juridica sobre o assumpto.

Inutil é por certo trazer novamente para aqui noções que adrede e como preparação explanámos noutro lugar. Conhecemos já a origem e o significado d'esta expressão — *sui heredes*. Por egual é sabido que o testador era forçado a instituir ou desherdar os herdeiros *seus*; aliás o testamento era nullo e sem valor algum — *nullius momenti*.

Ora podia acontecer que, tendo o testador tomado em consideração todos os herdeiros *seus* existentes ao tempo de dispor, um novo herdeiro d'esta categoria lhe apparecesse mais tarde. Nada com effeito mais simples: bastava que sobreviesse um filho.

Neste caso o testamento era ferido de morte. Pois que importancia podia ter esse conjuncto de disposições em presença de um facto que vinha collocar na incerteza a vontade do testador? Se esse filho existisse quando o pae testou, tel-o-hia desherdado? tel-o-hia instituido em toda a herança ou em parte? teria feito convergir nelle direitos que distribuira em legados? Só o proprio testador o poderia dizer, mas, para que o dissesse com a solemnidade essencial á expressão das ultimas vontades, careceria de fazer outro testamento, e neste caso tambem seria inutil o primeiro.

Assim a superveniencia de um filho rompe naturalmente a disposição anterior; era valida, fica insubsistente. Se a falta de menção dos herdeiros *seus*, existentes e conhecidos do testador no momento de testar, era causa legitima de nullidade, quando naturalmente d'ella devia deduzir-se a intenção de desherdal-os, melhor razão havia para negar effeitos juridicos ao acto por omissão de herdeiros que nada auctorisava a suppor que elle tivesse o intuito de excluir, visto que não existiam ainda, ou ao menos não existiam como seus successores immediatos. Podia ver-se a exclusão bem melhor no primeiro caso, que no segundo. Naquelle a vontade do disponente não era expressa, mas deduzia-se com segurança; neste era inteiramente obscura.

E depois, dado que o silencio do testador, a respeito dos herdeiros que podessem sobrevir-lhe, fosse indicio seguro da intenção de proscrevel-os, que valor devia ter em face da justiça

uma condemnação que não tinha a justificar-a o demérito pessoal do excluído? Não era o pae um juiz? Mas onde o corpo de delicto contra o nascituro? Assim, em quanto a lei vedou a desherdação dos postumos, manteve de pé o grande principio moral de que a pena só deve affectar o delinquente. Desherdar é recusar um direito; é pois punir. O pae julga e pune. Ninguém lhe toma contas. Se a natureza o impelle irresistivelmente para a misericórdia, o que poderá desviar-o para a severidade senão a justiça? Por isso elle é um juiz impeccavel. Onde melhor entregará a lei a sorte dos filhos? Mas, desde que a mesma lei lhe permittiu desherdar o nascituro, isto é, ferir o desconhecido, destruiu pela base a propria theoria da desherdação, erigindo novamente em arbitrio a vontade testamentaria, fazendo d'ella um poder inconsciente, cego, monstruoso. Era a sancção do capricho, da aberração, do odio infundado da natureza, que, por outro lado, é verdade, o legislador combateu pela theoria da inofficiosidade, condemnando estes desvios como productos da extravagancia e da insanía — *ideo insaniisse existimandus est, quod naturam sine causa odisset*, como diz Theophilo ¹.

37. O facto é que o rigor primitivo sobre desherdação foi alterado, e a que excluísse os postumos da successão testamentaria foi admittida.

Mas é justo accrescentar que a exclusão d'estas pessoas appareceu como consequencia da capacidade de instituil-as. O poder de desherdar veio annexo a esta faculdade. Quem tinha uma, intendia-se dever logicamente gozar do outro. Comtudo a logica neste ponto conduzia ao absurdo perante a justiça.

Considerou-se urgente salvar o poder testamentario, de continuo ameaçado pelo facto da superveniencia de herdeiros. Sabe-se em quão subida consideração os romanos punham esta prerogativa

¹ Sabemos já que os postumos tinham, como qualquer descendente, a *querela* do testamento inofficioso para destruirem os effeitos da sua desherdação ou emissão nos testamentos dos ascendentes. Não deve todavia esquecer que, antes dos novos principios da *Nov. 115*, a sua innocencia para com o testador não bastava para assegurar-lhes completamente o bom resultado d'aquella acção, visto que contra elles podiam ser tomadas em conta as faltas dos paes. Vej. o que deixamos dicto a este respeito em a nota 3 a pag. 33.

que lhes conferia o seu direito de cidade. Ora, com o primitivo rigor sobre a ruptura por superveniencia, a que se reduzia esse poder em cujos actos a lei subintendia sempre uma condição que tornava precaria e contingente a sua efficacia? Que soberania era essa perpetuamente subjeita ás contra-ordens impreveniveis do futuro? Ainda se o novo herdeiro apparecesse em vida do testador, pequena importancia tinha o rompimento do acto testamentario anterior: era sempre possivel fazer prevalecer a vontade soberana do disponente. Um segundo testamento com menção expressa d'esse novo herdeiro bastava para collocar aquella vontade superior aos acontecimentos.

Mas, se o superveniente fosse verdadeiramente *postumo*, o testamento era irremediavelmente perdido. O sepulcro era mudo á interrogação que a lei lhe dirigia sobre a sorte do recém-vindo, e por outro lado o testamento nada prevenia, nem podia prevenir, sobre a eventualidade. Foi d'este lado que se pesquisou meio de suavisar as consequencias do rigor juridico. Reputou-se indispensavel permittir ao testador que se antecipasse ao facto possivel do nascimento de um postumo, e provesse de modo que o facto, de futuro, não lograsse aniquilar a vontade testamentaria. Para isso começou a admittir-se a instituição do postumo.

Postumo (superlativo archaico de *posterus*) é, etymologicamente, o *posterior*, o que vem depois de algum facto. Na linguagem juridica *postumo* é o que nasce depois do fallecimento do pae¹; mas em materia testamentaria particularmente chama-se *postuma* qualquer pessoa nascida depois da morte do testador.

Admittiu-se pois a instituição do postumo; mas de qual postumo? D'aquelle que, se existisse em vida do testador, seria em qualquer momento herdeiro *seu* ou immediato, e que, nascendo morto elle, nasceria *sui juris*, visto achar extincta a lista dos ascendentes com direito a exercer a *potestas* sobre a sua pessoa.

Este postumo podia ser um filho do testador ou qualquer outro descendente, e era *postumus suus* em contraposição a *postumus alienus*². O neto, por exemplo, podia ser *postumus suus* de

¹ L. 3, § 1.º, D. 28, 2.

² Gaii *Comment.* II, § 241.

dois modos: se o pae houvesse fallecido á data do testamento do avô, ou se fallecesse depois, mas em vida d'este. No primeiro caso o avô podia, testando, referir-se ao nascituro como a um *postumus suus*, visto que, se elle existisse a este tempo, seria já herdeiro immediato ou *seu*; no segundo não, porque entre o avô testador e o nascituro mediava ainda o pae. Como, porem, era possivel que a este sobrevivesse o testador, d'onde resultaria tomar o embrião o lugar de herdeiro *seu* do avô, á morte do pae, —foi permittido prevêr no testamento esta eventualidade, e instituir o postumo condicionalmente, isto é, para o caso em que viesse a ser *postumus suus* do testador¹. Emfim esta condição acabou por subintender-se, não sendo indispensavel exprimil-a.

38. Foi como consequencia da faculdade de instituir os postumos, não obstante serem pessoas *incertas* e não gozarem, em regra, estas pessoas da testamentifacção passiva, que foi reconhecida a faculdade annexa de desherdal-os. De qualquer dos modos se evitava a ruptura subsequente, que o nascimento d'elles occasionaria.

Mas como poderiam nomear-se para os effeitos da desherdação pessoas inexistentes? Segundo a regra a principio em vigor só para os *herdeiros seus* varões, tambem os postumos do sexo masculino deviam ser desherdados *nominativamente*². Isto, porem, em relação aos postumos, significava que a elles devia fazer-se uma referencia especial, não se julgando comprehendidos no grupo dos herdeiros excluidos em globo da successão; por exemplo: *postumus exheres esto*, etc. Quando o testador quizesse excluir apenas alguns d'entre os postumos, seria necessario separal-os por uma designação mais especial, indicando a mãe ou d'outra forma. Os postumos do sexo feminino é que podiam ser desherdados *inter ceteros*. O testador, porem, para mostrar que havia pensado nesta especie de herdeiras, e que não era por es-

¹ Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunt. — L. 29 pr. D. 28, 2.

² § 1.º, l. 2, 13.

quecimento que as deixava excluidas da successão, carecia, neste caso, de contemplal-as com qualquer pequeno legado ¹.

39. Tal era o novo direito de origem consuetudinaria: permissão de instituir ou desherdar descendentes que não eram nados á confecção do testamento, e que, se nascessem depois da morte do testador, viriam, invocando direitos de herdeiros *seus*, invalidar o acto testamentario e destruir, sem recurso, as relações juridicas nelle estabelecidas.

Referidos agora pelo testador, o seu nascimento *postumo* não podia já prejudicar a disposição, e assim estava removido o principal inconveniente da superveniencia. E dizemos: o seu nascimento *postumo*, porque ou o testador se referia genericamente á classe des postumos para instituill-os ou desherdal-os, ou para deixar-lhes algum legado colectivo, e neste caso a referencia não envolvia os descendentes que nascessem durante a vida d'elle; ou fazia uma indicação mais determinada, por exemplo, particularizando a mãe, e então, se o herdeiro nascia antes de morrer o testador, nada podia a menção contra o principio da ruptura por superveniencia, que neste caso era mantido de pé. Compreende-se bem por quê. Se o testador vivia, o rompimento da disposição testamentaria não era obstaculo a que a sua vontade se cumprisse. Ficava-lhe o recurso de fazer outro testamento, em que tomasse em consideração o novo descendente. Por isso a menção da prole futura só valia em relação á que viesse a nascer postumamente.

40. Isto foi assim, em quanto a lei *Junia Velleia* não introduziu modificações.

Por esta lei a referencia feita pelo testador ao nascituro, que podesse vir a ser seu immediato successor legitimo, pela qual o instituísse ou desherdasse, era valida, ainda que o nascimento se verificasse em vida do primeiro, para o effeito de impedir a inutilisação do testamento.

Assim, estes descendentes, que apenas eram postumos em re-

¹ § 1.º I. cit.; *Gaii Comm. II*, § 132.

lação á epocha do testamento e não em relação á morte do testador, foram inteiramente equiparados aos postumos propriamente dictos, podendo, como elles, ser instituidos ou desherdados, e bastando um d'estes dois factos para manter subsistente a disposição depois do seu nascimento. São conhecidos pela designação especial de *Postumos Velleianos* ¹. E basta agora que o testador se refira a postumos para estes se entenderem tambem incluídos ².

41. Até aqui a superveniencia *natural*, como dizem os commentadores. Seguem-se agora os casos diversos de superveniencia *civil* ³, que se verificava todas as vezes que um individuo, nascido ao tempo do testamento, vinha *posteriormente* occupar o lugar de herdeiro *seu*. Havia então uma especie de nascimento postumo semelhante ao do *postumo velleiano*: num caso e noutro se nascia depois da epocha do testamento para os direitos especiaes reservados aos herdeiros *seus*; no segundo por um facto natural, no primeiro por um facto juridico. Os que nasciam d'esta ultima forma eram pois em certo modo postumos em relação ao tempo da disposição testamentaria, e por esta razão se designavam em geral como herdeiros *quasi postumos* ⁴. A sua superveniencia era uma *quasi-agnatio* ⁵.

Os *quasi-postumos* ou *postumos civis*, se assim é dado dizer, podiam sem duvida ser instituidos herdeiros, visto que eram pessoas existentes á feitura do testamento, permissão que em principio não havia a respeito dos nascituros por serem, ao contrario, pessoas incertas e, como taes, insusceptiveis de instituição. Des-

¹ Vej. Du Caurroy, *Institutes de Justinien*, vol. 1.º, n.º 570; Lariche, *Explication des Institutes*, vol. 1.º, n.º 1053 — Alguns commentadores classificam-os como *quasi-postumos*, por exemplo, Heineccio, *Elementa Jur. Civ.*, parte V, liv. 28, tit. 2.º, § 22, nota, seguido por Ortolan, *Expl. Hist.*, 2.º vol., n.º 706. Contudo não é d'esta classe de herdeiros que se diz que estão apenas «no lugar de postumos». — Gaii *Comment. II*, § 133; § 2.º I. 2, 13. Ao contrario no *Digesto* são claramente comprehendidos entre os *postumos*. — L. 3, § 5.º D. 28, 3.

² Sed et si dixerit: *postumus exheres esto*, natus vel post mortem, vel vivo testatore, non rumpet. — L. 3, § 5.º D. cit.

³ Vej. Heineccio, tit. citado, § 29; Waldek, *Institutiones*, § 425.

⁴ Vej. Heineccio. cit. § 22, nota; Du Caurroy cit. n.º 571.

⁵ Vej. Gaii *Comm. II*, § 133; § 2.º I. 2, 13.

herdados é que não podiam ser os quasi-postumos, porque lhes faltava para isso, ao tempo da disposição, a qualidade de herdeiros *seus*, que mais tarde havia de advir-lhes. Mas, embora instituidos fossem, isso não impedia, no mais antigo direito sobre este assumpto, a ruptura do testamento, consequencia legal da sua agnação.

Começou por fazer-se excepção para os *quasi-postumos velleianos*, de que já vamos falar, estabelecendo-se que a sua instituição, sempre permittida, preveniria a inutilisação do acto testamentario. Esta innovação foi introduzida pela já mencionada lei *Junia Velleia*, d'onde vem o nome a esta classe de quasi-postumos; mas, em relação ás demais, manteve-se o primitivo rigor. A agnação posterior fazia *sempre* pôr de parte o testamento — *omni modo*, diz Gaio por tres vezes ¹.

Alguns jurisconsultos, todavia, sustentavam que, se o testador já havia honrado com a qualidade de herdeiro testamentario o individuo que mais tarde tomava logar na familia como herdeiro legal e immediato, nenhuma razão havia para que o testamento se reputasse infirmado por este ultimo facto. Esta doutrina, que era razoavel, acabou por prevalecer ².

Temos pois aqui já um meio geral de evitar o rompimento das disposições testamentarias pela agnação do quasi-postumo, isto é, pela superveniencia de um herdeiro, nascido á feitura do testamento, na qualidade de herdeiro *seu*. Este meio era chamar á herança aquelle que podesse mais tarde apparecer revestido d'este caracter. O que, porem, não podia era ser desherdado.

Comtudo a *Lei Velleia* dispoz que, se algum dos herdeiros *seus*, que o eram ao tempo do testamento, viesse mais tarde a deixar vago o seu logar, os filhos que lhes succedessem na posição juridica de herdeiros *seus* deixassem illeso o testamento, se este contivesse, a respeito d'elles, quando não uma instituição, ao menos uma *desherdção* formal. Neste caso especial tornou-se portanto licita a desherdação, e meio apto para preservar o testamento. D'entre o grupo dos *quasi-postumos* destaca-se por esta forma a classe dos *quasi-postumos Velleianos*, caracterisados pela

¹ *Comm. II*, §§ 138, 142, 143.

² *Veij. L. 23*, § 1.º *D. 28*, 2; *L. 18. D. 28*, 3.

possibilidade de serem desherdados e de não inutilisarem, neste caso, as disposições de ultima vontade.

Exemplificaremos com as palavras de Gaio: «Se eu tiver em meu poder um filho e uma neta ou neto havido d'elle, o filho, como é primeiro em grau, goza exclusivamente dos direitos de herdeiro *seu*, com quanto o neto e a neta estejam sujeitos ao mesmo poder; mas se o meu filho morrer em vida minha, ou por qualquer modo sair do meu poder, começa o neto ou a neta a occupar o seu lugar, e assim obtem como por agnação os direitos de herdeiro *seu*. Para que pois d'esta forma não seja rompido o meu testamento, assim como tenho de instituir herdeiro ou desherdar nominativamente o proprio filho, se quero fazer um testamento conforme a direito, assim tambem é forçoso que institua ou desherde o neto ou neta d'elle havida, para que não succeda que, morrendo o filho durante a minha vida, venha o neto ou neta, occupando o seu lugar, romper por quasi agnação o testamento: e isto foi providenciado pela lei Junia Velleia.»¹

Ficamos assim conhecendo dois importantes capitulos d'esta lei, dos quaes restam fragmentos num texto de Scevola², sendo o primeiro relativo aos *postumos velleianos* de que já falámos, e o outro a esta classe de *quasi-postumos*. Certamente a lei continha outras disposições que nos são desconhecidas³. E parece que alguma provisão encerrava, em que mandasse applicar a *casos analogos* a doutrina legal estabelecida para uma *hypothese especial*. É o que é licito deduzir de uma allusão que vem no *Digesto*⁴. Comtudo no mesmo lugar d'esta compilação o jurisconsulto Scevola, desprezando o caminho da analogia, discute, com grande desenvolvimento, se uma determinada *hypothese* cabe na letra da lei *Junia Velleia*.

¹ *Comm. II*, §§ 133 e 134; vej. § 2.º I. 2, 13.

² L. 29 D. 28, 2.

³ Ortolan cit., n.º 703; L. 29, § 6.º D. cit., ubi — «... post legem Velleam, quae et multos casus rumpendi abstulit.»

⁴ Hi enim casus et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleam. Sed *ex sententia legis Velleae*, et haec omnia admittenda sunt, ut *ad similitudinem* mortis, caeteri casus admittendi sunt. — L. 29, § 5.º, D. 28, 2. Vej. tambem § 6.º do mesmo fragmento, ubi. Melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, praesertim post legem Velleam, etc.

Dando conta d'esta questão, temos meio de separar uma segunda classe de *quasi-postumos*. O primeiro capitulo, como vimos, dizia respeito aos nascituros que viessem á luz e aos direitos de herdeiros *seus* durante a vida do disponente; o segundo aos filhos dos herdeiros *seus*, que, posteriormente ao testamento, subissem a esta categoria, por morrer ou sair da familia o pae e ficarem elles immediatos ao ascendente testador. Supponhamos, em primeiro logar, que na epocha do testamento é vivo o pae do nascituro, e que este vem a nascer postumamente ao pae e em vida do avô disponente. Este caso não parece ao jurisconsulto de difficil solução, e reputa o comprehendido no primeiro capitulo da lei. A circumstancia de viver o pae ao tempo do testamento nada importa, uma vez que o filho nasça postumo a esse acto, e venha, ao nascer, com a qualidade de herdeiro *seu* do ascendente testador. Tanto basta para se julgar resolvida a hypothese pela letra da lei — *ex verbis*¹.

Vamos agora ao ponto mais difficil². O testador, que tem vivo o filho, institue o neto nascituro. Este nasce, e só depois morre seu pae. Á morte do pae succede-lhe na qualidade de herdeiro *seu* do avô, e por esta razão parece que a hypothese está comprehendida no segundo capitulo da lei *Velleia*, e que assim a instituição anterior basta a preservar da ruptura o testamento³. Mas por outro lado este capitulo não parece occupar-se de um verdadeiro postumo natural, como é o neto em questão. O capitulo primeiro tambem não resolve a difficuldade, porque, embora tenha applicação aos postumos que nasçam em vida do testador, não inclue a hypothese de serem diversos os momentos da superveniencia natural e da superveniencia civil, como aqui succede, visto que primeiro nasce o neto, e só mais tarde, á morte do pae, assume o character juridico de herdeiro *seu* do avô. O parecer de Juliano, exposto aqui por Scevola, era que a lei *Velleia* com effeito resolvia o caso, não por um dos seus capitulos, mas por ambos

¹ L. 29, § 12.º D. 28, 2.

² § 13, *eod.* — Ille casus in diffiili est.

³ Não deve esquecer que só mais tarde é que a instituição do *quasi-postumo* se considerou meio de prevenir em todos os casos esta ruptura. Ainda no tempo de Gaio a instituição era inefficaz para este effeito, *excepuando as hypotheses incluidas na lei Junia*.

conjunctamente¹. Esta variedade recebeu o nome de *quasi-postumos Julianos*². Incluídos pela jurisprudencia nas provisões da lei *Junia*, puderam ser desherdados, e tanto a desherdação como a instituição obstavam á infirmação do testamento do chefe da familia.

Esta lei, portanto, proporcionou os meios de impedir nos casos mencionados a demolição da obra testamentaria, consequencia legal da agnação dos quasi-postumos.

Mas contra tantos outros casos de superveniencia civil, não prevenidos neste documento legislativo, não seria possível assegurar a efficacia das disposições de ultima vontade? Não obstante este assumpto ser bastante embaraçoso, parece-nos que podemos generalisar a doutrina que prevaleceu — nas tres seguintes conclusões:

1.^a Não se rompia o testamento pela superveniencia civil de pessoa que apparecesse *instituida* como herdeira. Esta regra já acima foi exposta. As outras duas referem-se pois exclusivamente á *desherdação*. Segundo o rigor juridico, desherdar é afastar da herança as pessoas chamadas a ella ao tempo do testamento; é tirar direitos que *existem*. Todas as vezes que se permittia excluir um herdeiro superveniente, fazia-se uma derogação ao principio dominante. Por isso é que convem saber que extensão tomaram taes derogações em defesa dos testamentos ameaçados de ruptura por agnação do quasi-postumo.

2.^a O individuo que á feitura do testamento era herdeiro *seu* e ao depois perdia esta qualidade, voltando a adquiril-a mais tarde, não rompia o testamento por esta nova agnação, se tivesse sido desherdado, como com effeito podia ser.

3.^a Eram, em regra, susceptíveis de desherdação as pessoas que por virtude de um acontecimento natural podessem de futuro vir ao logar de herdeiros *seus* do testador, e com esta prevenção continuava subsistente o testamento, a despeito da agnação de taes pessoas³.

¹ *Juliano tamen videretur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.* — L. 29, § 15.º, D. 28, 2.

² Heineccio, *Elementa*, parte V, liv. 28, tit. 2.º, § 22, nota.

³ *Sed si heres sit institutus, vel exheredatus iste ejus filius, non rumpitur: quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est po-*

Exemplificaremos a regra segunda e terceira. Em harmonia com aquella, não rompia o testamento o filho que, havendo sido desherdado e emancipado pelo pae, reentrasse na familia d'elle por adrogação, embora para occupar o logar de neto ¹. De accordo com a ultima, podia o filho de familia, no testamento em que dispozesse do seu peculio castrense ou quasi castrense, desherdar os proprios filhos, subjeitos como elle ao poder de um ascendente, para evitar que á morte d'este elles, tornando-se herdeiros *seus* do testador, rompessem o testamento ².

No antigo direito a mulher que passava ao poder do marido (*in manu conveniebat*) considerava-se como quasi-postuma, e causava o rompimento das disposições testamentarias que elle tivesse feito anteriormente a este facto. O jurisconsulto Gaio dá a razão d'isto: *nam eo modo filiae loco esse incipit, et quasi sua est* ³. Eis aqui o exemplo de um *quasi-postumo* que não poderia ser desherdado, nem mesmo depois que prevaleceu a doutrina juridica que deixamos resumida na regra terceira. É certo que este poder do marido, a que especificamente foi applicada a designação de *manus*, tinha desaparecido, havia muito, na epocha de Justiniano.

Mas ainda a este tempo encontramos exemplos de quasi-postumos insusceptíveis de desherdação.

Em primeiro logar os individuos que viessem a ser adoptados ou adrogados pelo testador, e que, entrando d'este modo na familia, rompiam o testamento anterior, se nella fossem occupar o logar de herdeiros *seus*. Antes do facto que os collocava em poder do testador, não podia este desherdal-os, nem ainda segundo o direito novo, porque nunca por virtude de um mero acontecimento natural e sem o acto civil da adopção ou adrogação chegariam a adquirir a qualidade de herdeiros *seus*.

Nem todos os adoptivos rompiam o testamento, porque nem todos se tornavam, pela adopção, herdeiros *seus* do adoptante.

testatem — L. 28, § 1.º, D. 28, 2.—Estas palavras de Tryphonino derramam inapreciavel luz sobre a nova orientação da jurisprudencia neste assumpto.

¹ L. 23 pr. D. 28, 2.

² L. 28, § 1.º, D., eod.—Ha todavia uma hypothese a que estes principios não têm applicação e que foi regulada por uma providencia especial:—é a que vem exposta no *Comm. II* de Gaio, §§ 142, 143.

³ *Comm. II*, § 139.

É sabido que havia a adopção de uma pessoa *sui juris*, propriamente *adrogação*, e a adopção de um filho de família. Se aquella especie determinava a invalidação das disposições de ultima vontade do adoptante, esta nem sempre. Primeiramente, era preciso que o adoptado entrasse na família na qualidade de filho do testador, ou de neto mas sem pae designado (*incerto natus*), porque, se o adoptante lhe assignasse como pae algum dos filhos que tivesse sob o seu poder, não ficava o adoptivo successor immediato, e o testamento continuava subsistente¹. Requeria-se, em segundo lugar, que o adoptante fosse um ascendente do adoptado, por exemplo, o avô materno, ou mesmo o paterno que não exercesse a *potestas* sobre o neto havido de um filho emancipado, ou ainda o proprio pae que tivesse saído da família por emancipação, deixando nella os filhos; porque, se o adoptante fosse um extranho (*extraneus*), não tinha o poder paternal sobre o adoptivo, e pois este não ficava herdeiro *seu* d'elle². A ruptura do testamento, produzida por *adrogação* ou adopção, era, como já se observou, imprevenivel por desherdação do adoptando.

Da agnação dos filhos adoptivos devemos finalmente approximar, como produzindo identicos effeitos, a agnação ou superveniencia civil *por legitimação*³.

As *Institutas* são omissas, no logar proprio, sobre esta causa de infirmação, o que não admira, visto como não houve o intuito de fazer nesse logar uma enumeração, mas apenas se fala da adopção exemplificativamente⁴. Da doutrina, porem, consignada no titulo das heranças *ab intestato* deduz-se sem nenhuma duvida que a legitimação viciava, como a adopção, o testamento anterior, por quanto por ella subia o filho natural á categoria de herdeiro *seu* do pae⁵.

Na epocha das *Institutas* conseguia-se a legitimação por dois modos: oblação á curia e casamento subsequente⁶. As *Novellas*

¹ Vej. §§ 5.º e 7.º I. 1, 11.

² Vej. § 2.º I. 1, 11; L. 10. C. 8, 48; Wald. cit., § 425, e compare-se o que dissemos em o n.º 26.

³ Du Caurroy, *obr. cit.*, 1.º vol., n.º 634; Heineccio cit., § 28; Wald., § 425.

⁴ § 1.º I. 2, 17.

⁵ § 2.º I. 3, 1.

⁶ § 13.º I. 1, 10.

acrescentaram dois outros meios: rescripto do principe e testamento.

É evidente que neste ultimo caso não podia haver a ruptura por superveniencia. Qualquer testamento anterior áquelle com que o pae fallecia e que devia servir de titulo para a legitimação, a qual era definitivamente decretada pelo principe, seria revogado pelo ultimo, em que os filhos legitimandos tinham de ser chamados á herança, visto que outro não era o fim da legitimação ¹.

¹ volens sibi legitimos esse filios successores et ostendentibus patris testamentum, et heredibus existentibus secundum legem. — *Nov. 89*, cap. 10; vej. tambem *Nov. 74*, cap. 2.º, § 1.º

§ 4.º

Testamentum ruptum. B) Revogação total do testamento
por escripto posterior

SUMMARIO

42. Transição. — 43. Revogação de um testamento por *outro* posterior. Dois testamentos são incompatíveis. Da faculdade de revogar. Requisitos do testamento revogatorio. — 44. Hypothese em que a ultima instituição é restricta. — 45 Revivencia do primeiro testamento por direito pretoriano. — 46. Testamento revogatorio irregular: excepção a favor dos herdeiros *ab intestato*. — 47. Outra excepção.

42. Temos visto pois como o testamento se tornava *ruptum* pela primeira causa, isto é, pela agnação de um herdeiro *seu*, e até que ponto era possível prevenir este resultado. Passemos agora á especie de ruptura determinada por escripto posterior.

Em primeiro lugar occupar-nos-hemos da revogação dos testamentos, e em seguida, para darmos, quanto possível, embora rapidamente, noções completas sobre este assumpto, teremos de ligar esta doutrina com a da revogação dos codicillos, investigando por então como a vontade do disponente podia inutilisar parcialmente, tanto as disposições testamentarias, como as codicillares.

43. Um testamento é revogado (*rumpitur*) por outro testamento posterior, capaz de dar herdeiro ao testador¹. Não é essencial que este contenha a clausula revogatoria, para que o primeiro seja *totalmente* infirmado, porque ninguém pode fallocer com mais de um testamento.

A faculdade de aniquilar por novas disposições as disposições anteriores é inatacavel e irrestringivel. Nem o testador pode va-

¹ § 2.º I. 2, 17.

lidamente renunciar a ella, por quanto a vontade do homem é ambulatoria até á morte; não obsta pois á revogação a chamada *clausula cassatoria* ou *derogatoria*, consignada no acto testamentario anterior, pela qual o testador prohibisse que de futuro sortisse effeitos a revogação feita nos termos legaes ¹.

Requer-se, primeiro que tudo, para que um testamento seja por outro revogado, que este seja *posterior*, e que sobre isso nenhuma duvida haja, por quanto, se fôr incerto qual dos dois é o ultimo, abre-se a successão pretoriana por um e o outro ².

É necessario tambem que o testamento revogatorio não deva a sua origem á errada persuasão do testador relativamente á morte do herdeiro instituido no acto anterior, porque a força de revogar deriva da mudança de vontade, que neste caso não seria revelada ³.

É mister ainda que o mesmo testamento seja capaz de dar herdeiro ao testador ⁴. Logo não é essencial que lh'o dê com effeito. No primeiro momento da existencia do novo acto cessa total e irremissivelmente a do primeiro, independentemente das causas que de futuro possam impedir a execução d'aquelle. Bem pode o ultimo instituido repudiar a herança; é possivel tambem que falleça antes de adil-a; nem por isso renascerá juridicamente o testamento anterior ⁵. Nem ainda quando o ultimo seja condicional, será menos definitiva a revogação, uma vez que este possa dar um herdeiro ao testador, porque, se nenhum effeito é já permittido esperar d'elle, não ha ruptura. Isto succederá, quando a condição, em vez de se referir a um acontecimento futuro, se refira a um facto passado ou presente, já verificado em sentido contrario á efficacia da nova instituição.

É, alem de tudo, indispensavel que o testamento revogatorio seja regular e conforme a direito; de outro modo não poderia dar um herdeiro ao testador. Mas não carece de satisfazer ás condições e solemnidades requeridas nos testamentos ordinarios; antes, como testamento privilegiado, pode ser dispensado d'ellas

¹ Vej. as LL. citadas por Warnk., n.º 1036, pag. 305, nota (6).

² L. 1.ª, § 6.º, D. 37, 1; Warnk., n.º 1036, pag. 305, nota (5); Wald., § 426, nota a); Hein. cit., § 30.

³ Arg. L. ult. D. 28, 4; Warnk., n.º cit., pag. 306, nota (6).

⁴ Du Caurroy, n.º 636.

⁵ § 2.º, I., 2, 17.

parcial ou totalmente. Assim será imperfeito em presença da regra geral em relação a formalidades, mas ao mesmo tempo perfeitamente regular dentro da especie a que pertencer.

Segundo este principio, de nada vale para o effeito da revogação um testamento incompleto, seja porque o testador não quizesse concluil-o por mudar de resolução, seja porque não podesse, surpreendido pela morte. Um tal documento é como se não existisse ¹. Embora no ultimo caso este documento apenas começado podesse considerar-se como indicio seguro de uma vontade nova, nem poderia servir para que se abrisse uma successão testamentaria diversa, porque para tanto seria titulo insufficiente, nem tão pouco para que se abrisse a successão *ab intestato*, porque isso não encontraria menos o desejo do auctor da herança, que manifestou querer usar do direito de escolher herdeiro.

44. Nas condições legaes pois o testamento mais recente rompe as anteriores disposições testamentarias, embora, como dissemos, não contenha a declaração revogatoria.

Mas, se o testador ultimamente apenas dispozer de uma parte da herança, ou simplesmente nomear ao novo herdeiro alguns objectos determinados, a quem aproveita o remanescente? ao primeiro herdeiro ou ao successor *ab intestato*?

Nem a um, nem ao outro. Não áquelle, porque ninguem pode fallecer com mais de um testamento: o herdeiro ou o grupo de herdeiros escolhido em cada acto de soberania testamentaria é o continuador da pessoa juridica do testador; substitue-se plenamente ao antigo proprietario; é o seu successor na universalidade dos direitos e encargos. O testamento tem com effeito esta funcção: nomear a pessoa individual ou collectiva que ha de occupar o lugar do moribundo. É pois uma disposição de toda a herança. Toda ella passa ao herdeiro. Pode sem duvida o testamento conferir direitos parciaes e determinados a um legatario, sem que este participe da representação juridica do testador; mas ainda esses são outorgados na forma de uma ordem dada ao herdeiro (*legatum est, quod legis modo, id est, imperative... relinquitur*).

Se pois o testamento é essencialmente uma disposição de toda

¹ Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est. — § 7.º I. 2, 17.

a herança, dois actos testamentarios são incompatíveis, e, como vimos, a collisão resolve-se a favor do ultimo.

D'aqui resulta ainda a incompatibilidade entre a successão testamentaria e a successão *ab intestato*, dois modos de distribuição que não podem coexistir para porções diferentes da mesma herança, e é bem conhecida a maxima juridica — que ninguem extranho á milicia pode morrer parte testado, parte intestado. Por onde, na hypothese figurada, tambem o remanescente não pode aproveitar ao successor *ab intestato*.

A regra é que a restricção da instituição a uma parte da herança não invalida o acto dispositivo: simplesmente reputa-se não escripta, sempre que d'isso depender a subsistencia do testamento. Ha um só instituido? Que o testador lhe assigne uma parte ou apenas objectos determinados do espolio, nada importa: elle é o herdeiro universal. O só facto da instituição o habilita a isso. Mas ha outros instituidos? Por todos se distribue todo o patrimonio hereditario, guardando a proporção com que o testador os tiver desigualado. Neste caso, porem, a instituição restricta a objectos determinados transforma-se em legado.

Se pois no ultimo testamento a instituição apparece com esta restricção, não deixa de sortir effeito revogatorio. A restricção para nada vale, visto que não obsta á transferencia da herança para o novo herdeiro. Este só é o representante e successor do fallecido, *ainda que o testador consigne expressamente o desejo de que tenha effeito a disposição antiga*.

Simplemente presume-se que, *confirmando-a assim*, o testador quiz que o testamento rompido passasse a considerar-se como codicillo, e a instituição anterior como fideicommisso. D'esta maneira o herdeiro escripto no acto posterior presume-se *rogado* a restituir a herança ao escripto nas antigas taboas, guardando para si os objectos do espolio que lhe foram nomeados. Mas pode, em vez d'esses objectos, tomar a quarta da herança, consoante ao herdeiro fiduciario permite o senatus-consulto *Pegasiano* ¹. Aqui temos como o testamento, apesar de rompido ², é capaz de produzir effeito segundo a doutrina de um rescripto de Severo e Antonino.

¹ § 3.º I. 2, 17; Wald., § 426, nota a); Silva ás *Inst.*, nota ao log. cit.

² Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur. — § cit. das *Inst.*

45. Mas, segundo o direito pretoriano, é também susceptível de uma especie de renascimento, e pode dar ao instituído a posse dos bens *secundum tabulas*, uma vez que se ache revestido das formas pretorianas — *si septem signis testium signatum sit* ¹. Isto succederá, quando o motivo da ruptura não existir á morte do testador, isto é, na epocha em que o testamento começa a produzir effeitos ². Ora, no caso que estamos estudando, o motivo da ruptura é o ulterior testamento. Se pois este documento desaparecer em vida do testador, e do facto poder deduzir-se o regresso d'este ás primeiras vontades, como se é elle proprio que o destrua conservando o acto da primeira disposição, o pretor defere por este a posse dos bens.

Identicamente, se o motivo da ruptura for a superveniencia do herdeiro *seu*, e o testador sobreviver ao superveniente, o testamento rompido cumpre-se, não obstante, na forma pretoriana ³.

46. Vejamos ainda que outros instrumentos, alem do testamento propriamente dicto, podem ter força revogatoria. Tem-n-a o escripto testamentario, que, embora irregular como testamento, chamar á successão os herdeiros *ab intestato*, com intervenção de cinco testemunhas ajuramentadas. Não é como testamento que produz este effeito, mas como expressão de ultima vontade de pessoa *que não testou*. É a doutrina inserida no *Codigo* ⁴, onde se completa e precisa o principio de Ulpiano, que já num fragmento conservado no *Digesto* ⁵ consignara esta excepção favoravel ás successões legitimas.

47. Considera-se outrosim revogado o testamento, provando-se mudança de vontade da parte do testador por acto authenticico ou ainda por meio de testemunhas idoneas, não menos de três, sendo esta prova roborada pelo lapso de dez annos da data do testamento ⁶.

¹ Gaii *Comm.* II, §§ 119 e 147.

² Heinec. cit., § 32, *Obs.*

³ L. 11, § 2.º, D. 37, 11; L. 12 pr. D. 28, 3.

⁴ L. 21, § 3.º, C. 6, 23.

⁵ L. 2.ª D. 28, 3.

⁶ L. 27 C. 6, 23.

§ 5.º

Revogação parcial do testamento por escripto posterior

SUMMARIO

48. Revogação por codicillo. Razão historica do fideicommisso e do codicillo. — 49. Conteúdo do codicillo. — 50. Relações entre o codicillo e o testamento. — 51. Confirmação dos codicillos. — 52. Extensão e condições da revogação por codicillo. — 53. Continuação. O codicillo e a instituição de herdeiro. O fideicommisso revolucionando o direito testamentario. — 54. Do senatus-consulto *Trebelliano*. — 55 e 56. Do senatus-consulto *Pegasiano*. — 57. Reforma justinianéa sobre fideicommissos. — 58. Transformação dos velhos principios em relação á qualidade de herdeiro. — 59, 60 e 61. Conclusões. — 62. Revogação no proprio testamento. — 63. Transição.

48. Até que ponto é que um codicillo pode invalidar as disposições testamentarias?

O codicillo (*codicillus*) apparece como um appendice, um supplemento ao testamento (*codex* ou *tabulae*).

Feita a disposição testamentaria com as formalidades insuppriveis proprias do acto solemne, apparece mais tarde a necessidade de fazer uma leve recommendação ao herdeiro, de lhe pedir que remunere um pequeno serviço. Ha de refazer-se o testamento para lhe introduzir um additamento insignificante? Será forçoso por tão pouco repetir cautelosamente as solemnidades e, o que é mais, repetir as disposições, visto que o segundo acto exclue o primeiro? E permittil-o-hão as circumstancias de momento?

Por vezes mesmo a nova liberalidade não poderá consignar-se em testamento, por não gozar da testamentifacção passiva a pessoa que se deseja beneficiar em satisfação de um sentimento por ventura muito justo e attendivel. Que fazer então?

Sem formalidades embaraçosas o auctor da herança dirige-se numa forma de correspondencia particular ao seu herdeiro, pedindo-lhe e fiando da sua lealdade o cumprimento do desejo que lhe manifesta. Assim nasce o codicillo (*epistola fideicommissaria*); assim os fideicommissos.

Nenhuma validade legal; nenhuma garantia da execução d'estas recommendações feitas por uma forma intima e ás vezes como á puridade, senão a confiança que ao disponente (*fidei-committens*) merece a conhecida probidade do seu successor (*fiduciarius*).

Esta maneira de dispor medra na estima do povo romano, e recebe a consagração do uso muito antes que obtenha a sanção da auctoridade publica ¹.

Desde o tempo de Augusto a deixa fideicommissaria e o instrumento respectivo—o codicillo—chamam a attenção do legislador. Assegurar o cumprimento dos fideicommissos contra a perfidia escandalosa dos herdeiros (*insignem quorumdam perfidiam*) era medida *justa e popular* ²; acolher os codicillos era providencia acertada e indispensavel numa epocha em que de mais a mais as longas e morosas peregrinações tantas vezes collocavam os cidadãos na impossibilidade de testar ³.

Nestas circumstancias, até a falta de testamento podia ser em certo modo supprida pelo codicillo. Havia uma dedicação a recompensar, uma divida de reconhecimento a solver; não havia meio de testar, mas o que era sempre possivel era dirigir-se o moribundo por codicillo ao seu herdeiro *legítimo* e conjural-o a entregar uma parte dos haveres hereditarios, ou mesmo todos, á pessoa designada. Assim o codicillo podia tambem ser feito *ab intestato*.

49. Até o tempo de Augusto só podia conter fideicommissos, isto é, deixas em forma de *rogativa* dirigida ao herdeiro ou ao legatario, a beneficio de terceiro, ás vezes incapaz de receber por testamento (*fideicommissario*). A nomeação de herdeiro e o legado pertenciam exclusivamente ao testamento.

Quando, porem, a auctoridade publica reconheceu o codicillo como instrumento legitimo de ultimas vontades, e por outro lado transformou os deveres de consciencia, creados pelo fideicommisso,

¹ § 1.º I. 2, 23; pr. I. 2, 25; *Des Fideicommissos no Dir. Civ. Mod.* pelo sr. conselheiro Hintze Ribeiro, pag. 12 e segg.

² § 1.º I. 2, 23.

³ Pr. I. 2, 25.

em verdadeiras obrigações jurídicas — succedeu o que era natural: tanto poder o legado tomar assento no codicillo, como o fideicommisso obter logar no testamento. Quebra-se a relação historica entre duas instituições que as necessidades sociaes crearam a par, e trouxeram associadas por tanto tempo, por quanto andaram arredadas do reconhecimento legal; parte-se o laço consuetudinario entre a materia e a forma, que deixam de pertencer privativamente uma á outra. Sem se excluirem, ambas se enriquecem e amplificam, por esta dupla legitimação, á custa de instituições existentes.

Conserva-se um monopolio ao testamento: é a instituição de herdeiro; de resto lega-se em codicillo, como se fideicommitte em testamento. Legar ou fideicommittir é encarregar alguém de entregar a terceiro, parcial ou totalmente, o que receber da herança; differença de modo: por forma *imperativa* ou por forma *precativa*. Lega-se a cargo do herdeiro testamentario, e só d'este; fideicommitte-se em testamento ou codicillo ao herdeiro testamentario ou ao legatario; fideicommitte-se em codicillo ao herdeiro *ab intestato*. Não ha legado sem que haja testamento, porque não é dado impor legado senão ao herdeiro testamentario; mas pode deixar-se em codicillo, como dissemos. Para isto, porém, é necessario que o codicillo seja confirmado pelo testamento.

50. A pello vem dizer que relações se estabelecem entre testamento e codicillo, quando coexistem os dois. Estas relações são as do principal com o accessorio. Assim como *codicillus* é um diminutivo de *codex*, assim é o codicillo um pequeno appendice do testamento. É um satellite: se o astro se abysma, afunda-se com elle. Comtudo, quando apenas encerra fideicommissos, conserva um pouco da independencia que lhe dava a sua existencia primitiva, privada e intima. Não carece de ser confirmado pelo testamento, para que os fideicommissos sejam exigiveis. Segue, sim, a sorte d'esse testamento, e com elle se invalida, mas isso pela natureza mesma das coisas, isto é, pela dependencia natural em que o cumprimento dos fideicommissos está, neste caso, do conteúdo do testamento. Não ha fideicommisso sem *fiduciario*, isto é, herdeiro ou legatario que o cumpra; tambem não ha legado sem herdeiro a quem se imponha: cáia a instituição de her-

deiro, caem os legados ¹ e os fideicommissos ligados proxima ou remotamente com ella. É portanto regra—que o testamento, firmando-se, arrasta consigo os codicillos, embora não confirmados por elle.

51. Legados em codicillo é que não valem sem a confirmação. O assento primitivo d'elles era em testamento; torna-se preciso pois, para que valham em codicillo, que o testamento o assimile e d'elle faça uma parte de si mesmo. É a confirmação.

Confirma-se em testamento o codicillo anterior, e até se confirmam os ultiores que possam escrever-se.

As disposições do codicillo não confirmado só valem como fideicommisso.

52. Voltemos á revogação do testamento e á pergunta já feita. Até que ponto pode um codicillo invalidar as disposições testamentarias?

O codicillo confirmado em testamento tanto pode conter legados, como a revogação de legados deixados em instrumento anteriormente escripto. Logo do testamento podem ser inutilisados por codicillo: 1.º os legados, 2.º os fideicommissos: aquelles, se o testamento salva e confirma os codicillos ultiores; estes, independentemente d'essa confirmação *in futurum* ².

Mas o codicillo não revoga do mesmo modo que o testamento. O testamento de data mais recente revoga o mais antigo só porque existe, em harmonia com a theoria que exclue a pluralidade de actos testamentarios; o codicillo, porem, revoga por força do seu conteúdo. Por outras palavras: não podem juridicamente coexistir dois testamentos, mas pode muito bem coexistir o testamento com um ou mais codicillos, na *inteireza* das suas disposições. Para que pois o codicillo tenha força revogatoria, requer-se que ou casse expressa e validamente as disposições testamentarias, ou com ellas seja incompativel.

A revogação podia ser expressa sem produzir effeito, a não

¹ Pelo que dissemos sobre inofficiosidade sabemos já que esta doutrina foi alterada por Justiniano.

² Vej. L. 3, § 11.º, D. 34, 4; L. 19 C. 6, 42.

Por igual forma se pode estabelecer legado, antes de se nomear herdeiro, mas a validade de tal legado fica dependente do testamento ulterior, por duas razões: 1.^a porque o legado só pode ficar a cargo de herdeiro testamentario; 2.^a porque, sendo liberalizado por codicillo, só vale, quando este seja confirmado em testamento.

Supponhamos pois que, depois de feito um codicillo, apparece o testamento, e estudemos os effeitos revogatorios do segundo a respeito do primeiro.

O codicillo pode conter fideicommissos e legados. E o testamento pode referir-se, ou não, a elle, e, referindo-se, revogar expressamente ou confirmar as suas disposições, total ou parcialmente. Em relação aos legados é dispensavel a revogação, ou, antes, não são d'ella susceptiveis, porque a sua validade estava dependente do testamento: basta pois a falta de confirmação, para que fiquem sem effeito.

As consequencias da referencia ás disposições codicillares, quer seja revogando, quer confirmando, são evidentes.

Resta a outra hypothese — da falta de tal referencia. Neste caso, repetimos, os legados ficam inutilizados: fallece-lhes uma das condições da sua subsistencia — a confirmação *in praeteritum* do codicillo que os contem. E os fideicommissos? A jurisprudencia não era accorde sobre este ponto. A opinião de Papiniano era que a feitura de testamento ulterior, sem declaração confirmatoria do codicillo, tirava toda a efficacia aos proprios fideicommissos, porque via sempre na falta d'esta declaração um desvio das primicias vontades. Mas a doutrina que prevaleceu por um rescripto de Severo e Antonino foi que os fideicommissos ficavam subsistentes, uma vez que se conhecesse que o testador não se apartara da vontade expressa no codicillo ¹. Portanto o testamento posterior, que não se referisse ao codicillo já escripto, revogando-o ou confirmando-o, tornava sempre inuteis os legados neste exarados, e os fideicommissos tambem, quando faltasse um indicio qualquer ² da persistencia da vontade do testador em relação á disposição fideicommissaria codicillar. Tal indicio suppria a con-

¹ si apparet eum qui postea testamentum fecit, a voluntate quam codicillis expresserat, non recessisse. — § 1.^o I. 2, 25.

² quocumque indicio. — L. 5 D., 29, 7.

desviou sem razão o *Codigo Civil*, copiando o art. 823.^o do código sardo ¹.

101. Não podendo o testador fallecer em parte intestado, todas as vezes que a instituição fosse restricta a uma quota parte do patrimonio (caso em que a herança testamentaria não era, como cumpria, uma *universitas juris*) ou a objectos determinados (disposição que, tirada a formula da instituição, era identica ao legado), — ou se havia de considerar nullo o testamento ou reputar sem effeito a limitação.

A lei romana, favoravel á successão testamentaria, decidiu-se pela subsistencia da instituição, attribuindo ao instituido direitos de successor universal ².

Tal era a doutrina seguida entre nós sob o imperio da regra *Testatus* ³.

A reprovação d'esta regra implicava a manutenção, nos seus precisos termos, da disposição restricta, a par do direito dos successores legitimos ao residuo da herança ⁴.

Assim, altera-se a noção romana de *herança testamentaria*. Ella já não é agora essencialmente uma *universitas juris*: pode ser uma *quota parte* d'essa universalidade. Neste caso ha conjunctamente herdeiro testamentario e herdeiro legitimo.

A instituição de herdeiro não pode já definir-se como a definia Pinheiro: «*Est actus ultimae voluntatis, quo is, qui potest testari, sibi eligit unum vel plures successores in primo gradu, qui ei succedant in universum jus, quod tempore mortis habuerit*» ⁵.

102. Pode mesmo não haver herança testamentaria, havendo comtudo testamento valido.

nota: «A *Ord.*, liv. 4, tit. 83, § 3, só o permite aos soldados; mas a Lei deve ser igual para todos os cidadãos». — C. da Rocha, *Instit.*, § 701.

¹ Art 1747; sr. conselheiro Dias Ferreira, *Cod. Civ. Port. Ann.*, nota ao mesmo artigo.

² *Supra* n.º 44.

³ Pinheiro, *obr. cit.*, disp. 3, sect. 1, n. 8.

⁴ *Mell. cit.* §, n.º IV; G. Pinto, pag. 117, nota; *Dig. Port.*, artt. 1539, 1558 e 1565; Rocha cit., § 693; *Cod. Civ.*, artt. 1739 e 1796.

⁵ *De Testam.*, disp. 3, sect. 1, n. 2.

