

DA REVOGAÇÃO

NO

DIREITO TESTAMENTARIO

POR

ANTONIO HENRIQUES DA SILVA

Licenciado em Direito
e socio effectivo do Instituto de Coimbra

I



COIMBRA

IMPRESA 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 frouxidões da energia e os desalentos do intendmento, — 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 *espírito prompto* que no homem lida em dominar os quebrantamentos do vigor.

Segundo volume está, pois, destinado á continuação que daremos d'este despretençioso 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 reconstructor d'este seculo, tem para nós as grandes linhas harmoniosas 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 1.³

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 Taboas* 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 aperfeçoamentos, — 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 da 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. Offerecem 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 comicios 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 tripertitum esse videatur, § 3.º, *Inst.*, liv. II, tit. 10.

² *Gai 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 reconheciam 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 logar 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 logar 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 commum. 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 funcção dos comicios fica perfectamente 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. Tambem que importava? Não estavam ahi 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 justiniana — *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 soffriam de certo os plebeus que o testamento fosse um privilegio aristocratico. Devia comtudo ser penoso ao testador plebeu submeter a sua vontade á jurisdicção 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. Interven 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 *Ut 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. 495; 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 adquiriria, 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 *commum*.

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 éxtranho 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 substituil-o 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 compropriedade 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, pudesse aquelle direito ser exercido em prejuizo do condominio familiar.

É 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 moracs 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 perfectamente 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 caracter 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 caracter 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 offerencia 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 deshonrosa 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 codigo sagrado, de modo a parecer, não uma criação, mas um desenvolvimento. Este *tour de force* da subtileza 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 jurisprudencia 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 familia. Mas que era a familia? 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 effeitos do monopolio legal em favor do mais velho e de restabelecer a egualdade entre os filhos.

1.1. 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 reclama-la. 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: democratizar 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 sanccionar 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 legitimos.

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 pessoases 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 pessoases 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 exequíveis 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 exequíveis, 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 provincinctu* 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 irrevocabel. 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 enfim constituíram a essência 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 ahí 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 discorrendo por um bem longo periodo.

SECÇÃO 2.^a

Systema romano sobre a revogação em materia testamentaria

§ 1.^oTestamento 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 insusceptiveis 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 legais, 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 opposto á instituição; finalmente, o testamento em que havia omissão de alguns herdeiros legitimos, de quem a lei exigia que o testador se lembrasse, ao menos para os desherdar formalmente⁸.

¹ Waldeek, *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 familia para dispor em testamento; e accentuámos a idêa 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 familia, 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 (*nomina-tim*). 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 instituil-os 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 efeitos 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 omittir-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 *legitima*, 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 basça, e tanto que se compara ao testamento de um desasisado, sem se affirmar positivamente que o testador estivesse em demencia — *quasi non sanae 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 centumvirois 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 excluil-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 *imediatamente* 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 lugar: *sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*. São em certo modo proprietarios 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 collectivo, 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 facta 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 excommu-nhão de um membro indigno, fulminada á hora da morte pelo pontifice maximo da igreja 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. Similhanes 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 poderiam ser annulladas. Foi assim que se introduziu a acção do testamento inofficioso. *Inofficioso* por ser contrario ás inspirações naturaes da piedade parental.

Aos centumviroz 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 entendeu necessario adstringir os testadores e os magistrados a uma taxa-ção legal d'esses fundamentos. Os primeiros deviam apontar qual-quer 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, 18.

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 inofficiosi* 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 omissos 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 nubildade, 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*, § 114.

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*, § 118.

³ tunc enim non aliter feminae testamenti facienti 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*, § 115. A excepção a que se refere Gaio eram as *Vestales*. — 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 carecia, 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 relação 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, 351; e Marezoll, *Précis*, § 176

² Nam silentium matris aut avi materni, ceterorumque per matrem ascendendum, tantum facit quantum exhereditio 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.

dentos. Se um testador *desherdar* o filho e *omittir* o pae, a acção abre-se primeiro em proveito do filho, mas, se este decahir, facultta-se então ao pae omisso ¹. A mãe omitta 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 arbitrato*.

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, Pothier, Vinnio, Voet, affirmam que o testamento assim condemnado pela *Nov. 115* não se considerava nullo, mas rescindivel por inofficioso ou inoneliavel com os deveres da piedade, e que por isso as pessoas desherdadas ou omissas não eram dispensadas de intentar a acção de inofficiosidade no prazo 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 desacordo com a opinião *quasi geralmente seguida* [*ibid.*, pag. 298, nota (2)]

Nós, sem querermos aqui levantar discussão sobre um ponto que não se relaciona proxivamente 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 injuria 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 compadecia 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 desherdar-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 inexecutableis, 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 allí se estabelece especificadamente em relação á adrogação e á adopção. Força-nos a isto a necessidade de acompanharmos a evolução jurídica sobre o assumpto.

Inutil é por certo trazer novamente para aqui noções que adrede e como preparação explanámos noutro logar. Conhecemos já a origem e o significado d'esta expressão — *sui heredes*. Por igual 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 omisão 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 proscreevel-os, que valor devia ter em face da justiça

uma condemnação que não tinha a justifical-a o demerito pessoal do excluido? 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 delincente. Desherdar é recusar um direito; é pois punir. O pae julga e pune. Ninguem lhe toma contas. Se a natureza o impelle irresistivelmente para a misericordia, o que poderá desvial-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 insania — *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 excluisse 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 sujeita 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 logar 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 instituil-os ou desherdal-os, ou para deixar-lhes algum legado collectivo, e neste caso a referencia não envolvia os descendentes que nascessem durante a vida d'elle; ou fazia uma iudicação 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 similhante 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 Comtudo 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, 43 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, 43.

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 desherdção, 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*, §§ 438, 442, 443.

² Vej. 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 logar, 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 logar, 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 Scevola ², 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 desconhecidas ³. 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 logar d'esta compilação o juriconsulto 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 lugar, 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 difficil ². 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 testamento ³. 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 include 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 difficile 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 ineffcaz 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 possivel 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, susceptiveis 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 juriconsulto 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 insusceptiveis 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 familia. Se aquella especie determinava a invalidação das disposições de ultima vontade do adoptante, esta nem sempre. Primeiramente, era preciso que o adoptado entrasse na familia 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 subsistente ¹. 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 familia 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'elle* ². A ruptura do testamento, produzida por *adrogação* ou *adopção*, era, como já se observou, imprevénivel por *desherdación* do adoptando.

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

As *Institutas* são omissas, no lugar proprio, sobre esta causa de infirmação, o que não admira, visto como não houve o intuito de fazer nesse lugar uma enumeração, mas apenas se fala da *adopção* exemplificativamente ⁴. 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 pae ⁵.

Na epocha das *Institutas* conseguia-se a legitimação por dois modos: oblação á curia e casamento subsequente ⁶. 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 legitimus 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 fallecer 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 disporer 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 logar 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-na 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 outrossim 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 attendível. 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 fórma 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 § 4.º I. 2, 23; pr. I. 2, 25; *Des Fideicommissos no Dir. Civ. Mod.* pelo sr. conselheiro Hintze Ribeiro, pag. 42 e segg.

² § 4.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 fideicommitir 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 ulteriores 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 inutilizados por codicillo: 1.^o os legados, 2.^o os fideicommissos: aquelles, se o testamento salva e confirma os codicillos ulteriores; 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.

ser de modo indirecto. Effectivamente, em quanto a validade dos legados foi dependente de formulas, era-o egualmente a da revogação. Esta devia exprimir-se *contrariis verbis*, isto é, sendo a formula do legado — *do, lego*, devia a da revogação ser — *non do, non lego*. É sabido que no tempo de Justiniano desaparece inteiramente a feição formularia do direito romano, podendo já revogar-se um legado *quibuscumque verbis*¹. Os fideicommissos, introduzidos pelo uso e sustentados por auctoridade pretoriana, escaparam ao predomínio das formulas; por isso para revogal-os foi sempre bastante a vontade do fideicommittente por qualquer modo manifestada².

A simples revogação dos legados e fideicommissos chamava-se *ademptio*. Podia, porem, a revogação ser acompanhada de *translação* (*translatio*), ou antes ser consequencia d'ella, porque a translação tornava incompatíveis as disposições testamentarias com as disposições codicillares posteriores. Effectivamente por ella alterava-se a liberalidade por um de quatro modos, isto é, por substituição do herdeiro gravado de maneira que o onus passasse de um para outro dos herdeiros instituidos em testamento; do beneficiado; da cousa, objecto da deixa; ou enfim por mudança na modalidade, como quando se transformava em condicional o legado puro e simples. Em qualquer dos casos, a primeira disposição desaparecia cedendo o lugar á ultima.

Esta doutrina era, todavia, melindrosa por se basear nas intenções do auctor da herança, nem sempre susceptíveis de interpretar-se com segurança. Sempre que o testador legava a Ticio o que havia já legado a Seio, deveria intender-se que áquelle outorgava direito exclusivo? Pois não era possível que quizesse unir os dois na liberalidade? ou chamar um sómente á falta do outro? Mais: sempre que á mesma pessoa era legado um novo objecto, deveria decidir-se que a primeira liberalidade estava prejudicada? Não podia tambem ser que houvesse a intenção de cumular uma com a outra? E depois, até que ponto era a revogação dependente da *efficacia* da translação? O testador revogava só por querer transferir, ou transferia por querer primeiro que tudo a revoga-

¹ Pr. I. 2, 21.

² et quidem nuda voluntate, L. 3, § 44.º, D. 34, 4.

ção? Havia simplesmente preferencia pela segunda deixa, ou exclusão em absoluto da primeira? Taes são as difficuldades que ainda se debatem no direito moderno em diversas hypotheses, — difficuldades de primeira ordem, porque pertencem ao capitulo obscuro da psychologia juridica.

Era assente em direito romano que, havendo translação de um legatario a outro, a inefficacia d'ella, já por ser ou se tornar incapaz o novo legatario, já por ter repudiado o legado, não embaraçava a subsistencia da revogação. Ao contrario, recaindo a translação sobre o objecto do legado, persistia a primeira disposição, se a segunda não valia.

53. Sabido que por codicillo podem ser revogados fideicommissos e legados deixados em testamento anterior, parece inutil dizer que outro tanto não succede com a nomeação de herdeiro. Só por testamento pode dar-se a herança; só por testamento pode em regra expressamente tirar-se. O codicillo não é, portanto, meio apto para atacar directamente a instituição de herdeiro, quer seja revogando-a, quer tornando-a apenas condicional.

Directamente, dissemos com as *Institutas*, porque de facto e pelo meio dissimulado do fideicommissum pode bem prejudicar-se a nomeação testamentaria e attribuir-se a qualidade de herdeiro a terceira pessoa ¹.

Assim, o fideicommissum, esta criação popular, producto de uma lucta obscura e pertinaz contra as incapacidades legais, contra o espirito demasiadamente restrictivo da legislação romana; esforço dos novos sentimentos porfiando em lançar por terra velhas barreiras que a Lei teimava em conservar; revelação da mesma força que na epocha das *XII Taboas* se assignalou triumphantemente pelo principio da faculdade testamentaria; protesto da liberdade contra o rigorismo juridico — logra enfim transformar o Direito. Os antigos principios ficam de pé; que importa, se são inertes? Dirigem por ventura ainda o dynamismo juridico? Obedecem-lhes os factos? Não. Immoveis na proeminencia tradicional, monarchas

¹ Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquatur, § 2.º, l. 2, 25.

que não governam, são extranhos á vida nova que outras influencias impulsionam. Instituições que brotam espontaneamente das necessidades recentes, obscuramente creadas entre os usos extra-legaes, acabam por impor-se, e, uma vez reconhecidas, não tardam a tomar a supremacia que tende logo a dar-lhes a acceitação geral. Dos velhos principios que resta então? o mando nominal, o corpo sem vida, o espectro apenas, como diz Ortolan ¹.

Entre esses poderosos agentes de revolução que, saídos de uma origem consuetudinaria obscura, chegam a dominar o movimento juridico avulta notavelmente o fideicommisso, cuja função foi amplificar a faculdade testamentaria, em ordem a dar mais larga satisfação aos affectos e mais autonomia á vontade ².

Simplees instituição de moralidade, nascida da dedicação ou do reconhecimento e garantida na probidade e lealdade humana, vem a ser no direito um instrumento de equidade e de renovação; — instrumento perigoso todavia, se a legislação, legitimando-o, não tomasse cuidado em prevenir os abusos a que facilmente se prestava.

Com effeito as incapacidades que afastam da successão certas pessoas baseam-se, nos povos modernos, em principios de moralidade e de ordem publica, e, com quanto em Roma algumas fossem arbitrarias e injustificaveis para o nosso criterio actual, seria em todo o caso nocivo entregar-se nas mãos do auctor da herança um poder por tal maneira discricionario, que elle postergasse, a seu prazer, o texto das leis. Tambem a legislação, cedendo á corrente das idéas e acceitando o fideicommisso, não fez uma acceitação pura e simplees; accordou na amplificação da liberdade testamentaria, declarando, comtudo, os principios que em todo o caso mantinha inviolaveis.

Identicamente o codicillo, titulo primario dos fideicommissos e na origem independente de qualquer formalidade, foi convenientemente regulado, em ordem a ficar um documento digno de fé. Assim, as solemnidades foram reduzidas ao seu papel natural, numa epocha de simplificação: eram necessarias para prova, mas

¹ *Expl. Hist.*, 2.º vol., n.º 978.

² in multis juris partibus longe latior causa sit fideicommissorum, quam eorum, quae directo relinquuntur. — *Gaii Comm. II*, § 289.

podiam ser suppridas por outra prova correspondente, que a lei reconhecesse. No tempo de Justiniano requeria-se para qualquer expressão de ultima vontade, excepto o testamento, a intervenção de cinco testemunhas.

54. Diziamos que em codicillo podia, por fideicommisso, prejudicar-se a nomeação de herdeiro feita em testamento e attribuir-se esta qualidade a terceira pessoa. Essa pessoa, isto é, o fideicommissario, não tinha até o tempo de Nero nem os direitos nem os encargos hereditarios. Herdeiro era, segundo os velhos principios, aquelle e só aquelle que o testador havia instituido e a quem havia honrado com esta designação, ou, á falta de testamento, o que a lei chamava a representar o morto.

E, comtudo, era de razão que o fideicommissario fosse participante nos debitos e creditos da herança todas as vezes que fosse beneficiado com um fideicommisso universal.

O fideicommisso era *universal*, quando a restituição ordenada ao fiduciario abrangia a herança ou uma quota parte d'ella; *particular*, quando se limitava a coisas determinadas individual ou especificamente. No primeiro caso, o fideicommisso era *fideicommissaria hereditas*; no segundo, *fideicommissum singulae rei*: e taes eram as expressões consagradas no direito romano.

Ora, quando o fideicommissario devia receber do gravado a herança ou uma parte d'ella, apesar de ser herdeiro de facto, faltava-lhe a qualidade legal para demandar os devedores e ser demandado pelos credores da herança; para as acções hereditarias só era idoneo o fiduciario, como unico herdeiro aos olhos da lei. Sendo, porem, necessario transferir para o fideicommissario a parte que lhe tocasse no beneficio ou na responsabilidade resultante d'estas acções, simulava-se entre um e o outro uma compra e venda da herança, em que o comprador se compromettia a indemnisar o fiduciario de tudo o que este fosse obrigado a pagar *hereditario nomine*, e o vendedor promettia restituir o que lhe adviesse *ex hereditate*¹. O que era então o beneficiado? Era considerado como herdeiro? Era considerado como legatario? Não: era um comprador².

¹ Gaii *Comm.* II, § 252.

² Sed potius emptoris (loco erat). — Gaii *Comm.*, *ibid.*

Só no tempo de Nero, como dissemos, é que o fideicommisso revoluciona os velhos principios da lei civil. Que importa o nome, se é vasio de direitos? Se o fideicommittente chama herdeiro a *A*, mas passa de facto o patrimonio hereditario para *B*, o herdeiro é o segundo e não o primeiro: esta é que é a verdade. Que importam as formalidades, se a ausencia d'ellas não priva do proveito o fideicommissario? A quem utiliza com a deixa, a esse e contra esse as *acções uteis*; tal será a doutrina sustentada pelo pretor. Ao fiduciario e contra elle ficam sempre as *acções directas*, mas serão acções estereis, quanto esteril fôr a sua posição de herdeiro. Nem elle poderá reclamar dos credores alem da parte que lhe foi destinada no beneficio hereditario, sem que elles tenham, para oppor-lhe, uma excepção; nem os credores poderão incommodal-o por encargos que devam pesar sobre o outro, sem que elle tenha com defesa o proprio facto da restituição da herança (*restitutae hereditatis exceptio*). É a innovação do *senatus-consulto Trebelliano*. Desde então o fideicommissario foi considerado como herdeiro ¹.

55. Mais tarde foi reconhecida a necessidade de introduzir novas providencias sobre esta materia. Podendo o fideicommisso abranger toda a herança, a que se reduzia o papel do herdeiro directo em tal caso? Era um intermediario que servia alheios interesses; recebia com uma das mãos para restituir com a outra. Objecto de uma complacencia irrisoria, senhor nominal de uma fortuna que outro desfructaria. De que servia adir uma herança que para elle só tinha afagos mentirosos, e que apenas se conservava um instante em seu poder para lhe tornar mais amarga a perpetua pobreza? Repudial-a era fazer caducar todo o testamento e todas as disposições do defuncto; que lhe importava a elle? Em que o prejudicava isso? Tal era o mal que reclamava prompto remedio. Era urgente interessar o herdeiro na adição da herança, uma vez que d'isto dependia a execução das vontades do testador; e, quando nem o interesse o movesse a tomar em si a representação do morto, obrigar-o a adir por mandado do

¹ Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit; eaeque in edicto proponuntur.—Gaii *Comm.* II, § 253; § 4.º I, 2, 23.

pretor. Já cem annos antes, para obviar a identicos inconvenientes em respeito aos legados, e no interesse mesmo do thesouro prejudicado com a caducidade dos testamentos, sobre os quaes recahia um imposto muito productivo, prohibira a lei *Falcidia* que em legados se distribuisse mais que tres quartos da herança, ficando pois uma quarta parte reservada ao herdeiro. Igual medida se julgou indispensavel tomar em relação aos fideicommissos.

Que o fideicommissario seja considerado como herdeiro, em caso de fideicommisso universal, é logico, é coherente, uma vez que elle recebe herança; mas que em sentido nenhum aproveite como herdeiro aquelle que precisamente tem este nome no testamento, é o que não se comprehende bem. Assim pois nenhum fideicommisso, quer universal, quer particular, absorva mais de tres quartas partes dos bens hereditarios. O que é herdeiro pelo nome, isto é, o fiduciario, seja-o sempre de facto e pelo beneficio. Ao lado d'elle seja tambem considerado como herdeiro o fideicommissario em fideicommisso universal, tocando a cada um proporcionalmente as acções hereditarias, segundo a doutrina do *senatus-consulto* referido.

Porem, se o fideicommittente, não attendendo á vontade do legislador, entrar pela quarta reservada ao fiduciario, querendo incluir na restituição fideicommissaria parte d'esta reserva ou toda ella, então não haja mais herdeiro senão o directo. O fideicommissario não possa figurar por si nas acções hereditarias, posto que beneficiado por fideicommisso universal, a não ser que o fiduciario se recuse a adir a herança, e seja a isso forçado pelo pretor, porque neste caso o mesmo fiduciario tem de restituir *integralmente* essa herança involuntariamente adida, passando com ella as acções. Fóra d'esta hypothese, herdeiro é só o fiduciario, logo que a disposição fideicommissaria abranja mais de tres quartos da herança. A quarta illegalmente involvida no fideicommisso tem elle sempre o direito de retel-a; mas, ou a retenha ou não retenha, elle só demanda, elle só é demandado. Se a retem, o fideicommissario é comparado a um legatario, não obstante receber uma quota parte importante da herança.

No direito romano notamos esta singularidade: assim como havia *herdeiros*, embora instituidos para *objectos determinados*, segundo noutra logar vimos (n.º 44), assim tambem havia *legatarios*, apesar de beneficiados com uma *quota da herança*. Chama-

vam-se então *legatarios parciarios*, porque o legado tinha o nome de *partitio*. Apesar de adquirirem por *titulo universal*, como o herdeiro, não se reputavam continuadores da pessoa jurídica do testador, porque lhes faltava a instituição na qualidade de herdeiros. Por esta razão o seu beneficio era dependente da subsistencia da instituição expressa no testamento, e com ella caducava; as acções hereditarias convergiam no herdeiro nomeado, e nunca o legatario parciario podia cobrar creditos ou ser accionado por dividas da herança, não obstante ser nisto tão interessado ou mais que o herdeiro.

D'aqui a necessidade de se intenderem e combinarem herdeiro e legatario parciario, para o effeito de communicarem entre si *pro rata parte* os lucros e damnos procedentes d'essas acções, em que só o primeiro podia figurar do lado da herança. Estas estipulações tinham o nome de *stipulationes partis et pro parte* ¹.

Segundo a doutrina que modificou o *senatus-consulto Trebelliano*, era tambem a este meio que tinham de recorrer o herdeiro directo e o fideicommissario para entre si repartirem proporcionalmente os direitos e os encargos resultantes das acções da herança, quando o primeiro retinha a quarta incluída, total ou parcialmente, num fideicommisso *universal*, porque em tal caso o fideicommissario considerava-se como legatario parciario. Eis a alteração introduzida pelo *senatus-consulto Pegasiano*.

56. As suas provisões, como se depreheende do que fica dicto, regulavam exclusivamente uma *hypothese*, sóra da qual continuava em vigor o *senatus-consulto Trebelliano*. Esta era a de abranger o fideicommisso mais de tres quartos da herança: em tal caso as acções hereditarias não passavam ao fideicommissario, e só por via de estipulações elle se tornava participante nos seus effeitos, salvo se o fiduciario era forçado a adir a herança por mandado do pretor.

Adindo-a voluntariamente, tinha o direito de reter a quarta, quer o fideicommisso fosse de herança, quer *singulae rei*. Se o fiduciario fazia uso d'este direito, o fideicommissario era equiparado a um legatario, e, no caso de fideicommisso de herança

¹ *Ulp.*, tit. 25, § 15; § 1.º *Paul. Sent.* 4, 3; *Gaii Comm.* II, § 254.

ou universal, a um legatario *parciario* com uma parte nas dividas e creditos da herança, a qual era assegurada pelas estipulações *partis et pro parte*. Se, porem, o fiduciario, não fazendo uso do direito de retenção da quarta, restituia toda a herança, depois de havel-a adido voluntariamente, nem por isso deixava de ser o unico representante d'ella em juizo, mas as estipulações *partis et pro parte* é que já não tinham applicação, visto que o fideicommissario, recebendo a deixa toda, não podia já reputar-se um legatario *parciario*. Como pois transferir-lhe os onus e os pro-veitos das demandas? pela antiga ficção da compra e venda, de que já salámos.

Mas, repetimos, se o fideicommittente salvava do fideicommisso a quarta legal destinada ao herdeiro directo, então eram invocadas as provisões do senatus-consulto *Trebelliano*, e o fideicommissario era considerado como herdeiro ¹.

57. Pelas providencias do *Pegasiano* nunca o herdeiro nomeado deixava de ser comparte na herança, querendo sel-o, e por esta forma, ao passo que a instituição de herdeiro continuava a ser alguma coisa seria, em vez de simples ficção sem effectos proprios, asseguravam-se tambem os interesses do fideicommissario, que dependiam da adição da herança, para fazer a qual o gravado acharia estímulo nos lucros ligados á sua quota parte legal. E, quando taes lucros não fossem bastantes para determinal-o a isso, intervinha o pretor tornando a adição obrigatoria, sem que d'ella resultassem então direitos ou encargos para o fiduciario. D'estes additamentos é que carecia o senatus-consulto *Trebelliano*, e tanto bastava para que a jurisprudencia fideicommissaria ficasse de posse de um criterio verdadeiro na determinação da posição juridica das duas entidades contempladas pelo fideicommittente. Ha um fideicommisso de herança? Ha pois naturalmente dois herdeiros: um porque foi nomeado herdeiro, outro porque foi nomeado para a herança. Assentem-se claramente os direitos que deve importar a simples attribuição da qualidade de herdeiro, e tornem-se por tal forma independentes

¹ Gaii *Comm.*, §§ 255 e segg.; § 6.º I. 2, 23; sr. Hintze Ribeiro, *obr. cit.*, pag. 30.

entre si os dois interessados, que nunca o *arbitrio* ou a *insolvença* de um possa prejudicar o outro. É o que se conseguiria com as referidas innovações do *senatus-consulto Pegasiano*, se este não fosse além d'ellas.

Mas foi, como sabemos; de tal maneira que, se, antes d'este diploma legislativo, os interesses do fideicommissario estavam á mercê do arbitrio do fiduciario, que podia não adir a herança, — depois da sua promulgação, os de qualquer dos dois ficavam expostos aos riscos da insolvença do outro, uma vez que só um era pessoa habil para representar a herança em juizo, e que haviam necessidade de recorrer a estipulações para entre si ratearem os proveitos ou os prejuizos das demandas.

Bastaria a justificar este regresso ao direito ante-trebelliano o simples facto de o fideicommittente incluir no fideicommisso mais de tres quartos da herança? Que importava isso, se ao herdeiro directo assistia sempre o dueito de reter a quarta parte que legalmente lhe cabia?

Tambem Justiniano, revendo a legislação fideicommissaria, teve sobre tudo em vista eliminar estas demasias injustificaveis do *senatus-consulto Pegasiano*, tornando independentes um do outro o herdeiro directo e o herdeiro fideicommissario, e acabando com as estipulações, que Papiniano chamava *capciosas*¹. Deixou ficar o direito á retenção da quarta, permitindo até que esta porção do herdeiro directo fosse por elle reclamada, quando indevidamente entregue; deixou ficar tambem a obrigação de adir a herança. De resto, as acções hereditarias dividir-se-hiam *sempre* na proporção da quota de herança que tocasse a cada um.

58. Agora, definitivamente, o fideicommissario em fideicommisso universal era, a todos os respeitois, verdadeiro herdeiro. É certo que a adição da herança pertencia ao herdeiro directo; que importa, se era obrigatoria?

Ao contrario, o fiduciario é que podia ser de facto um legatario apenas. Em dois casos as acções se concentravam activa e passivamente na pessoa do fideicommissario: era o primeiro, quando o gravado fazia integral restituição da herança, quer voluntaria-

¹ § 7.º I. 2, 23.

mente, quer obrigado a isso, se contra os desejos do fideicommissario se havia recusado a adir; era o segundo, quando a quarta era preenchida pelo fideicommittente numa somma ou objecto determinado.

Neste ultimo caso, nem segundo a lei, nem por força da vontade do disponente, podiam accrescer outros direitos ao herdeiro directo. Não segundo a lei, porque, por hypothese, os valores especialmente indicados para satisfação da sua quota, correspondiam á quarta legal; não segundo a vontade do disponente, visto ter este limitado áquelles valores as vantagens do gravado. Mas, se taes vantagens não podiam ser augmentadas, tambem, em respeito á mesma vontade, não deviam ser diminuidas. Logo nada tinha o gravado com as acções hereditarias, que eram transferidas *in solidum* para o herdeiro do segundo grau, devendo o primeiro satisfazer-se com a deixa especial feita em seu favor, livre de qualquer onus, como se legado fôra ¹.

Eis, pois o herdeiro do velho direito civil, o continuador da figura juridica do morto, instituido com as solemnidades testamentarias, reduzido de facto a um simples legatario, ao tempo que uma nova entidade, desprotegida sob o imperio dos principios strictos, creada por um documento sem valor no antigo formalismo, assume o papel de herdeiro. É verdade que, nas condições expostas de legatario, podia o primeiro ser beneficiado com a maior parte da herança; o valor não alterava o principio da transferencia *in solidum* das acções para o fideicommissario, excepto se era insufficiente para o implemento da quarta da herança, caso em que as mesmas acções competiam tambem ao herdeiro directo proporcionalmente á parte que, para completar a sua quota, elle tinha direito de reter a titulo hereditario.

59. E aqui temos como por fideicommisso constituido em codicillo posterior ao testamento podia prejudicar-se a nomeação de herdeiro, attribuindo-se esta qualidade a terceira pessoa e deixando-se o herdeiro testamentario até no lugar de simples legatario (n.º 53).

¹ Res... sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita. — § 9.º I. 2, 23.

60. Por esta forma indirecta era tambem facil aproveitar o codicillo como meio de inutilisar um legado, deixado em testamento, embora este não houvesse confirmado *in futurum* as disposições codicillares: bastava fideicommittir ao legatario a restituição das cousas legadas ¹.

61. E assim temos nós visto até que ponto podia um simples codicillo tornar sem effeito as disposições do testamento anterior (n.^{os} 48 e 52).

62. Sabendo agora por que modos, em direito romano, as determinações testamentarias eram revogadas por força de disposições mais recentes contidas em documento diverso, nem sequer lembra perguntar se o testamento podia revogar-se parcialmente a si proprio. As declarações revogatorias, comtudo, podiam encontrar-se dentro do mesmo documento, e a legislação romana acautelava a hypothese.

Por esta maneira podiam revogar-se os legados. Podia o auctor do testamento declarar que retirava a liberalidade que havia já escripto em favor de qualquer legatario. Depois de escrever: *Dou ou lego*, nada impedia que escrevesse: *Não dou ou não lego*. A ultima declaração prevalecia ². Como já se disse, no tempo de Justiniano não se requeria o uso de termos contrarios: qualquer expressão adequada era efficaz.

Até, segundo o *Digesto*, se dispensava a declaração revogatoria, se as expressões empregadas fizessem presumir mudança de vontade. Assim, quando o testador pospunha ao legado uma nota injuriosa para o legatario, o legado reputava-se apagado. Bastava que o appellidasse de ingrato ³.

63. E pomos aqui ponto sobre a revogação total e parcial dos testamentos por escripto posterior para passarmos á revogação, pela mesma forma, dos codicillos.

¹ Pr. I. 2, 24; compare-se o que dissemos em os n.^{os} 49 e 52.

² Pr. I. 2, 21.

³ *Libertus, qui in priore parte testamenti legatum acceperat, et ingratus postea eadem scriptura a testatore appellatus est, commutata voluntate, actionem ex testamento habere non potest.* — L. 9 D. 34, 4. Vej. tambem L. 13.

§ 6.º

Revogação do codicillo por escripto posterior

SUMMARIO

64. Revogação por testamento. — 65. Por outro codicillo. — 66. Ainda as reformas de Justiniano: o fideicommisso completa a sua função renovadora assimilando o legado. — 67. Conclusão.

64. Vimos noutro logar que por meio de codicillo podia fideicommitter-se ou legar-se: fideicommitter-se, quer houvesse de deferir-se a herança *ab intestato*, quer por testamento; legar-se, havendo testamento, em que o codicillo tivesse confirmação (vej. n.ºs 49 e 51).

Dissemos então que a confirmação em testamento podia referir-se a codicillos já escriptos ou a futuros, isto é, podia ser *in praeteritum* ou *in futurum* (cit. n.º 51).

O fideicommisso deixado em codicillo, antes de haver testamento, é desde logo valido, já porque pode encarregar-se ao herdeiro *ab intestato*, já porque, ainda que testamento se faça, não depende da confirmação do codicillo para produzir effeitos. Se bem que o fideicommisso deve sempre escrever-se depois da instituição de herdeiro, se fôr estabelecido no proprio testamento¹, nada veda que a preceda, quando estabelecido em codicillo. Pode assim o disponente rogar de um modo geral ao seu herdeiro a restituição de tal porção da herança, quer venha a fazer mais tarde testamento, quer não. Se o não fizer, aos herdeiros *ab intestato* pertence o cumprimento da disposição fideicommissaria; no caso contrario, cabe ao herdeiro que nomeado fôr².

¹ § 2.º I. 2, 23.

² Vej. L. 16 D., 29, 7.

Por egual 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.

firmação especial. Se, porem, a falta d'elle bastava para infirmar os fideicommissos, com mais razão produziriam este effeito os indícios positivos de mudança de vontade, e principalmente ainda a existencia no testamento de disposições inconciliaveis com as do codicillo.

65. Agora, em vez de testamento, supponhamos outro codicillo posterior. O disponente pode fallecer com varios, ao contrario do que succede a respeito de testamentos. Duas instituições de herdeiro são incompativeis; mas não ha limitação para os legados e fideicommissos ¹. Assim do facto de apparecer novo codicillo não se segue que o segundo seja necessariamente revogatorio do primeiro. É-o, em quanto contiver revogação expressa, ou disposições inconciliaveis com as d'elle; fóra d'isso, não. Tem pois inteira applicação neste logar a doutrina que já foi desenvolvida a proposito da revogação de legados e fideicommissos contidos em testamento, por disposições codicillares mais recentes (n.º 52).

66. Tendo-nos referido por varias vezes a certas differenças que separavam os legados dos fideicommissos (vej. principalmente n.º 49), differenças provenientes de se ter constituído o direito dos fideicommissos fóra da acção restrictiva das leis e no dominio amplissimo das vontades privadas, accrescentaremos, em remate, algumas palavras sobre a enorme revolução produzida pelo direito justinianeu neste assumpto.

Nós conhecemos já (n.º 48) as modestas origens do fideicommissio. Elle nasce de necessidades sentimentaes desattendidas pelo rigorismo legal, e tem como garante a lealdade do herdeiro. A lei não lhe dá força, não o protege. Mais tarde, porem, reconhecendo a popularidade do fideicommissio e cedendo á consideração de que era necessario proteger efficazmente a vontade dos fideicommittentes contra a perfidia dos herdeiros, o legislador adoptou-o e regulou-o convenientemente. Ainda assim, como diz Gaio, a causa dos fideicommissos ficou em muitos pontos consideravelmente mais ampla que a das disposições directas.

¹ § 3.º I. 2, 25.

D'este modo a legislação fideicommissaria suppria a estreiteza do antigo direito sobre heranças e legados. O fideicommisso tornou-se o elemento vivo, mobil, renovador, em face do tradicionalismo juridico.

Mas os campos estavam ainda extremados. O fideicommisso suppria, mas não se confundia. Tinha regras proprias, como o legado tinha as suas. Umhas e outras não se communicavam. Qualquer deixa que não podesse fazer-se como legado, far-se-hia como fideicommisso, e o effeito seria o mesmo. Comtudo, fazendo-se como legado, isto é, na forma imperativa e de direito civil, havia de accomodar-se ás regras do legado, e não podia salvar-se pelas do fideicommisso. Havia aqui muito formalismo e nenhuma conformidade com a realidade das cousas.

Que fez então Justiniano? Fundiu o legado com o fideicommisso, e das regras de um e do outro fez um systema unico? Não. Continuou a tratá-los em separado; regulou-os e reformou-os, como factos juridicos distinctos¹; mas declarou communicavel a uma especie o direito da outra, de modo que a disposição nunca ficava sem effeito, uma vez que podesse legitimar-se por qualquer dos dois direitos. Assim, o legado que contravinha ás regras proprias, salvava-se como fideicommisso, e o fideicommisso que discordava das leis privativas da sua especie, era exequivel como legado. De facto, a constituição de legado ou de fideicommisso ficava subjeita ás mesmas condições legaes². Que a disposição fosse feita imperativamente e pela formula de direito civil (*civilibus verbis*³), ou que o fosse nos termos proprios do fideicommisso, era, em verdade, indifferente desde este momento.

D'isto resultaram alterações importantissimas no direito successorio. O fideicommisso communicava assim ao legado a sua natureza mais rasgadamente liberal. Para se ver por que transformação passaram os antigos principios sobre esta ultima especie, basta ler os *Commentarios* das *Institutas* de Gaio na parte em que

¹ operae pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare. — § 3.º I. 2, 20.

² . . . quod deest legatis, hoc repletur ex natura fideicommissorum, et, siquid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. — §. 3.º I. *cit.*

³ Ulp., tit. 25, § 1.º

assignala as diferenças entre o legado e o fideicommisso. Estas diferenças são também expostas por Ulpiano ¹, mas em parte nenhuma encontramos uma enumeração mais perfeita nem mais lucida, do que no segundo dos referidos *Commentarios*, desde o § 269 até 283 ².

Recordemos algumas d'essas diferenças. Não era valido o legado escripto em grego, nem tão pouco em codicillo não confirmado. Não tinha effeitos também o legado imposto ao herdeiro *ab intestato*, nem o imposto a um legatario. Depois da reforma de Justiniano, todos elles se legitimavam em presença da legislação dos fideicommissos. O legatario parciario, de que já falámos (n.º 55), não podia figurar nas acções movidas pela ou contra a herança, porque não era considerado como herdeiro, não obstante pertencer-lhe uma quota da herança. Como, porem, essas acções haviam de trazer interesse ou prejuizo, de que elle devia ser naturalmente participante, herdeiro e legatario parciario tinham necessidade de celebrar entre si as estipulações *partis et pro parte*, para que cada um obrigasse juridicamente o outro á satisfação do que devido fosse. Desde a alludida reforma justinianeia, pela extensão do direito sobre fideicommissos aos legados, o legatario parciario occupava a posição de fideicommissario de herança, e era pois sempre, como este, havido por herdeiro, segundo a doutrina assente por Justiniano e desenvolvida noutro logar (n.º 57). Também as *Institutas* não falam já do legado parciario.

Note-se como nos approximamos do direito moderno.

67. Damos assim por terminadas as nossas considerações sobre revogação total e parcial de testamentos e codicillos por outras disposições de ultima vontade e, em geral, por escripto posterior.

¹ *Ex corpore* Ulp. tit. 25.

² No § 284 e segg. Gaio expõe as diferenças antigas, relativas a um periodo em que a instituição fideicommissaria não havia sido ainda regulada.

§ 7.º

Revogação resultante de factos diversos. A revogação e a caducidade

SUMMARIO

68. Adrogação do testador. Noção do testamento *irritum* e do *destitutum*. — 69. Alienação da coisa legada. — 70. Outros factos semelhantes. Noção de legados *extinctos* ou *caducos*. — 71. Viciação do testamento. Revogação de nomeação de herdeiro. — 72. Viciação de codicillo. Revogação de legados. — 73 e 74. Conclusão e transição. — 75. Inimizades supervenientes. — 76. Da *indignidade*. Fixa-se a noção de *revogação*. — 77. Utilidade do estudo d'esta secção. — 78. *Caducidade* no direito romano. — 79. E no direito moderno. Extrema-se da revogação. — 80. Transição para o capitulo immediato.

68. A revogação podia ainda resultar de factos diversos, indicativos de mudança de vontade.

Collocaremos em primeiro logar a alienação das cousas deixadas em testamento ou codicillo. A alienação podia ser total, isto é, de todos os bens e direitos que constituissem o patrimonio do testador e cujo conjuncto formasse a sua herança. D'onde derivaria naturalmente uma revogação, tambem total, dos seus actos de ultima vontade.

Verificar-se-hia semelhante alienação? Verificava — pela forma da *adrogação*. Por este facto juridico toda a casa de que o adrogado era chefe ficava confundida com a do adrogante, e elle proprio reduzia-se a um filho de familia. Havia aqui pois uma alienação total, e ao mesmo tempo uma alienação voluntaria, da parte do testador. Se accrescentarmos que uma necessidade imperiosa, podendo sem duvida determinar uma alienação parcial, não podia verosimilmente arrastar a um acto de tanta importancia, somos levados a crer que a adrogação indicava seguramente um afastamento das vontades testamentarias, e que pois justamente se haveriam como revogados o testamento e os codicillos.

Comtudo deve dizer-se que as *Institutas* de Justiniano não classificam a adrogação entre os factos revogatorios; ella não tor-

nava o testamento *ruptum*, mas *irritum*. A adrogação figura, não entre os actos indicativos de vontade mudada, mas entre os factos que produziam a *capitis deminutio* do testador. Eram estes, cujos effeitos em materia testamentaria se definiam na expressão — *testamentum irritum*.

Denominava-se assim, como inutil, todo o testamento feito por pessoa que passasse por uma *capitis deminutio*. Por vezes ainda os juriconsultos comprehendiam nesta denominação a especie de testamentos que não sortiam effeito por falta de herdeiro (*non adita hereditate*), como se o instituido se recusava a adir a herança, ou se se havia tornado incapaz. Comtudo esta especie chamava-se mais propriamente — *testamentum destitutum* ou *desertum*.

Tanto este como o testamento *irritum* eram actos *caducos*, no sentido moderno da palavra, mas não actos *revogados*. Nem directa nem indirectamente a sua infirmação derivava da vontade do testador. Isto em regra. Excepcionalmente, entre os factos que faziam o testamento *irritum*, apparece a *adrogação*, acto expressivo de mudança de vontade. Tanto assim, que, podendo o testamento *irritum* convallescer em direito pretoriano e abrir ao herdeiro a posse dos bens *secundum tabulas*, se o testador afinal morresse no estado de cidadão romano e *sui juris*, — esta condição não bastava para rehabilitar o herdeiro do testador *adrogado*. Requeria-se ainda que, depois de emancipado, este declarasse, por forma digna de fé, isto é, ao menos com a intervenção de cinco testemunhas, que desejava morrer com o seu testamento. Aliás o herdeiro seria repellido pela excepção de dolo. Por que? Porque, pela natureza da adrogação, o testador, adrogando-se, revelara desvio das vontades testamentarias: era pois mister demonstrar que a ellas regressara por fim ¹.

Mas por que não reproduzem as *Institutas* esta restricção contida no *Digesto* e relativa á adrogação? Vinnio vê neste silencio uma omissão sem consequencias; Pothier, uma distincção supprimida, opinião a que Ortolan se inclina. Du Caurroy observa que a mesma opinião é tanto mais provavel, quanto a adrogação, no tempo de Justiniano, conservava ao adrogado a mera propriedade

¹ Voluntas, quae defecerat, judicio recenti redisse intelligitur. — L. 11, § 2.º, D. 37, 11.

de todos os seus bens, mas crê que a razão por que Justiniano não distinguiu, é porque nas *Institutas* de Gaio se não encontrava tal distincção.

69. No tempo de Gaio a alienação pelo testador da coisa legada considerava-se sempre como indicio de mudança de vontade, qualquer que fosse a natureza do legado¹. Portanto todo o legado, cujo objecto fosse alienado pelo testador, considerava-se revogado. Esta era pelo menos a opinião do maior numero². Se em rigor de direito o legado era devido, havia comtudo contra o legatario a excepção *doli mali*, porque a sua pretensão era contraria á vontade do defuncto³.

O jurisconsulto Celso sustentava, porem, outra doutrina: segundo elle, nem toda a alienação, pelo testador, da coisa legada era signal necessario de intenção revocatoria; isso dependia das circumstancias, que em todo o caso era indispensavel ponderar. Não se provando aquella intenção, o legado ficava tendo por objecto a coisa de outrem, mas nem por isso era invalidado. Neste caso o herdeiro era obrigado a havel-a, para prestal-a ao legatario, ou a dar a sua estimação, se não podesse adquirir a propria coisa⁴. A opinião de Celso, confirmada por um rescripto de Severo e Antonino, foi recebida por Justiniano⁵.

Provando-se que o testador alienante tivera, com effeito, a intenção de revogar o legado, este era definitivamente infirmado, sem embargo de voltar o objecto alienado ao poder do antigo dono, salvo ao legatario provar que o testador o readquirira movido por nova vontade⁶. A doação nulla nem por isso deixava de revogar o legado⁷. Se a alienação era determinada *urgente necessitate*, nunca se presumia a intenção de revogar; aos herdeiros incumbia prova-la⁸. Ao contrario, a doação era sempre indicio

¹ Antes de Justiniano distinguiam-se quatro typos fundamentaes de legados, aos quaes faz referencia o § 2.º I, 2. 20.

² Plerique putant, etc. — Gaii *Comm.* II, § 198.

³ . . . quasi contra voluntatem defuncti petat — *ibid.*

⁴ § 4.º I. 2, 20.

⁵ § 12 I., 2, 20.

⁶ Sane si probet legatarius novam voluntatem. — L. 15 D. 34, 4.

⁷ L. 24, § 1.º, D. eod.

⁸ L. 11, § 12, Dig., hv. 32.

d'essa intenção, nem cabia investigar se qualquer necessidade lhe dera causa, *cum nemo in necessitatibus liberalis existat* ¹. A constituição de penhor sobre a cousa legada é que não se considerava facta revogatorio, com quanto fosse havido por uma alienação indirecta. A razão é evidente: taes contractos eram ordinariamente motivados pela necessidade ².

20. Ao lado da alienação revogatoria vinham naturalmente collocar-se outros actos do testador com identica significação, taes como — destruir a cousa legada ou transformal-a de maneira que não podesse restituir-se á forma primitiva; pôl-a fóra do commercio; manumittir o escravo legado ou promover o embolso do credito, egualmente legado (*legatum nominis*). Similhantes acções eram aptas a revelar intenção de revogar, por quanto por ellas o proprio testador tornava o legado inexecutable, deixando-o sem objecto.

É, todavia, certo que os textos não incluem estes factos entre os modos da *ademptio*, termo com que designam a revogação dos legados; naturalmente porque em casos d'estes as deixas ficavam sem effeito independentemente da intenção do testador: inutilisavam-se, porque não tinham objecto, qualquer que fosse, por outro lado, a intenção de quem, pelos seus actos, assim as infirmara.

Taes legados pois eram collocados a par dos legados que *caducavam* (*extinguebantur*), ou porque o legatario morresse ou perdesse a testamentifacção antes de fixado o seu direito, ou porque o objecto d'elles percesse ou saisse do commercio sem facta do herdeiro ³.

E com effeito os textos limitam-se a declarar a primeira especie — legados *extinctos* ⁴. Comtudo o *Digesto*, figurando a hypothese de haver o testador destruido a casa legada e levantado novo edificio no mesmo local, presume, sim, o legado extincto,

¹ L. 18 D. 34, 4.

² § 12 I. 2, 20; Du Caurroy, 1.º vol., n.º 760, pag. 562, nota; Ortolan, 2.º vol., n.º 888.

³ § 16 I. 2, 20.

⁴ Vej. L. 65, § 2.º, D., liv. 30; L. 88, § 2.º, D., liv. 32; L. 75, § 2.º, D., liv. 30; § 21 I. 2, 20.

mas admitte a prova de que outra houvesse sido a intenção do testador ¹.

¶1. A revogação pode ainda induzir-se da viciação do documento que encerra a disposição de ultima vontade, quer seja testamento, quer codicillo. As leis romanas definem os effeitos do testamento aberto, dilacerado, emendado, riscado ou cancelado, obliterado, etc., recommendando, sempre que a viciação affecta a instituição de herdeiro, que atravez d'estes factos se procure descobrir a vontade do testador. D'aqui o alto valor das circumstancias neste assumpto.

Quando o testamento apparece com as linhas cortadas e os sellos quebrados, nasce logo a duvida se deva ter-se como revogado. É necessario pois averiguar se foi o testador que o poz neste estado, e se o fez por mudar de vontade. Só nestes casos o testamento será invalidado. É a regra dada por Justiniano no *Codigo* ². Mas, provado que o auctor da alteração foi o proprio testador, ella presume-se intencional e o testamento revogado ³.

Os principios são ainda, em geral, os mesmos em relação ás outras formas de viciamento. Assim, a nomeação de algum dos herdeiros que no testamento appareça riscada ou obliterada, uma vez que se prove que não foi o testador que o viciou, nem alguém por incumbencia d'elle, ou que o testador, viciando-o, o fez sem intenção de inutilisar a parte alterada (*inconsulto*), não deixará de produzir effeito ⁴.

Similhantermente não prejudicará os herdeiros escriptos a dilaceração do documento testamentario feita pelo testador no estado de demencia superveniente ⁵. Fóra d'este estado anormal, a dilaceração pelo testador parece indicar sempre animo de revogar, e porisso manda o *Digesto* denegar acção aos que fundem pretensões em tal documento ⁶.

Relativamente, porem, á obliteração, o mesmo fragmento, que

¹ L. 65, § 2.º cit.

² L. 30 C. 6, 23.

³ L. 1.º, § 10.º, D. 37, 44; L. 22, § 3.º, D. 28, 2.

⁴ L. 1.º pr. e § 3.º, D. 28, 4; Hein. liv. 28, tit. 4, § 34.

⁵ L. 20 D. 28, 3.

⁶ L. 1.º, § 3.º, D. 28, 4.

é de Ulpiano, estabelece que, se a escriptura testamentaria foi obliterada antes de terminada, embora por incidente e sem animo de revogação, é mister, para que direitos confira, que tenha ficado ainda legível. Com effeito, não havendo ficado em estado de ler-se, o que era natural era começar-se novo testamento, em vez de se proseguir no mesmo¹. Sobrevindo, porem, a obliteração depois de consummado o testamento e nas condições acima expostas, pouco importava que não podesse ler-se a parte viciada, uma vez que podesse fazer-se prova sufficiente do conteúdo do documento².

O cancellamento do nome de um dos herdeiros não prejudica os restantes cujos nomes hajam ficado intactos, nem ainda os legados a cargo do herdeiro riscado, se se conhecer que o testador quiz deixal-os subsistentes³. Aparecendo outrosim cancellados todos os nomes e justificando-se o testador, em declaração escripta, com a offensa recebida de um dos herdeiros, só ao ingrato prejudicará o viciamento, provando-se que não houve a intenção de infirmar todo o testamento.

Em caso de duvida deve sempre optar-se pela interpretação favoravel aos legatarios e aos coherdeiros⁴.

A destruição, pelo testador, de alguns exemplares do mesmo testamento não tira a força ao exemplar restante, em quanto os interessados não demonstrarem que elle destruiu por desejo de morrer intestado⁵.

72. A respeito de codicillos, é opinião de Pomponio que os codicillos obliterados pelo testador não têm valor⁶. Heineccio intende esta affirmação num sentido absoluto, e explica a razão da differença observando que com a facilidade com que se constituem legados e fideicommissos, materia unica dos codicillos, — com a mesma se reputam revogados; ao passo que, dependendo a instituição de herdeiro, objecto principal do testamento,

¹ L. 1.^a cit., § 2.^o; Hein., *log. cit.*

² L. 1.^a, § 3.^o, D. eod.; L. 5.^a C. 4, 21; Hein., *log. cit.*

³ L. 2.^a D. eod.

⁴ L. 2.^a cit.

⁵ L. 4.^a D. eod.

⁶ L. 1.^a, § 5.^o, D. eod.

de certas solemnidades para valer, eguaes devem em rigor exigir-se para a revogação, mas, á falta d'ellas, justo é admittir toda a ordem de provas a favor da sua subsistencia, antes que se lhe deneguem effectos¹. Em harmonia com estas considerações era doutrina corrente que os legados e fideicommissos podiam ser revogados *nuda voluntate*, expressão que, embora nada precisa, indica como elles se differencavam das heranças sob o ponto de vista da simplicidade das provas².

Ainda que constituidos em testamento, o simples facto de ser cancellada a disposição pelo testador equivalia á sua revogação³. Com as heranças, como se viu, havia maior cautela.

73. Só laboriosissimamente se consegue pôr em ordem os textos de direito romano sobre esta materia, dispersos como estão pelas collecções; mas, uma vez coordenados, elles formam um corpo completo de doutrina, de que a legislação moderna muito aproveitou.

74. Tendo-nos occupado da revogação derivada de actos do testador, resta agora falar da que se funda em outros factos, que, apesar de não serem actos de revogação, permitem comtudo induzir mudança de vontade.

75. Vem naturalmente aqui a revogação manifestada por inimizades supervenientes entre o testador e o legatario ou fideicommissario, comtanto que sejam capitaes ou muito graves, como diz Ulpiano num fragmento reproduzido no *Digesto*⁴. Esta alteração de relações, evidenciando nova vontade da parte do testador, é fundamento para se haver como revogado o legado ou o fideicommissio, isto é, qualquer das disposições que podem inutilisar-se *nuda voluntate*, embora feita por testamento⁵. Nunca pois a instituição de herdeiro⁶.

¹ Liv. e tit. citt., nota ao § 35.

² L. 3.^a, § 11, D. 34, 4.

³ L. 16 D. 34, 4; argum. LL. 3.^a, § 11; 22.^a; 31.^a, § 2.^o, D. eod.

⁴ L. 3.^a, § 11, D. 34, 4; vej. tambem L. 9.^a pr., D. 34, 9.

⁵ L. 31, § 2.^o, D. 34, 4.

⁶ L. 22 D. eod.

Mas a reconciliação entre os dois restitue á liberalidade a effi-
cacia perdida ¹.

76. Seguir-se-hia agora a revogação presumida por via de diversos actos do herdeiro ou legatario, que o tornassem *indigno* da liberalidade.

A legislação romana registou numerosas causas de indignidade, das quaes muitas, se conhecidas fossem do testador, naturalmente o fariam arrepender do beneficio deixado á pessoa indigna. Não seria, portanto, senão interpretando justamente a vontade d'elle que a lei teria como revogadas as disposições anteriores ao facto incriminado.

Sob a qualificação geral de indignidade vinham em direito romano não só certos actos dos legatarios e dos herdeiros testamentarios, mas tambem dos herdeiros *ab intestato*.

Entre os actos que, a titulo de indignos, produziam effeitos em relação ás disposições de ultima vontade, inutilizando-as para a pessoa escripta, nem todos legitimavam a presumpção de revogação. Attribuir-lhes taes effeitos nem sempre podia ser a justa interpretação da vontade do testador; ao contrario, era em opposição a essa vontade provada que a lei retirava os proveitos da successão ao herdeiro ou ao legatario que tomasse o compromisso de fazer uma restituição fideicommissaria a um incapaz. Nós considerariamos como revogatorias, entre as causas de indignidade, aquellas que seguramente fariam mudar de vontade o testador.

A revogação em materia testamentaria é, com effeito, a infirmação das disposições derivada d'essa vontade, quer ella se manifeste por escripto, quer se deduza de actos do mesmo testador, quer se presuma em vista de factos alheios a elle. Revogar é oppor a vontade á vontade em diferentes momentos. Toda a disposição que, valida na origem, se invalida com fundamento diverso d'essa vontade é *caduca*, no sentido moderno d'este termo, mas não é *revogada*. Esta distincção, que parece frivola, é contudo fecunda em consequencias, como teremos occasião de notar no decurso do nosso trabalho.

Mas, entre as causas de indignidade que, segundo o direito

¹ L. 4.ª D. eod.

romano, affectavam as liberalidades testamentarias, é certo que a maior parte ou quasi todas, tinham, em theoria, força propriamente revogatoria. Abstemo'-nos de enumeral-as para não alongarmos ainda mais esta parte preliminar ¹.

Dissemos — em theoria, porque, segundo o character romano do *eraptorium* ou *ereptitium* (denominação do beneficio perdido por indignidade), as liberalidades tiradas aos indignos nunca o eram a titulo de revogadas, isto é, em nome da vontade presumida do testador, mas antes em nome dos principios de ordem publica e de moralidade social; a não ser que, concorrendo com os factos de indignidade, apparecesse algum acto do testador, denunciando a intenção de retirar o beneficio. Mas ainda neste caso o principio da indignidade sobrepujava o principio da revogação, em vez de se lhe subordinar. A lei, em lugar de se accommodar á vontade do testador, deferindo o beneficio áquelles que presumivelmente este desejaria substituir ao indigno, collocava-se superior a essa vontade, e attribuia-o ao fisco ². Na attribuição do *eraptorium* ao fisco, a qual tinha logar na maior parte dos casos de indignidade, embora o testador houvesse riscado o nome da pessoa indigna, ou por qualquer outro modo se tivesse mostrado arrependido da liberalidade (excepto, já se vê, quando a revogação se verificava por nova instituição ou por translação do legado, porque nesta hypothese as disposições ultimas e definitivas nada tinham já com o indigno) — nessa attribuição se conhece que o legislador, nesta materia, não tomava o papel de mero interprete dos desejos do testador, que, mudando de vontade, não quereria verosimilmente ir beneficiar o thesouro.

A doutrina romana sobre a indignidade, em materia testamentaria, era tão alheia á theoria da revogação presumida, que, não concorrendo com a indignidade um acto revogatorio da parte do testador, o herdeiro indigno, não obstante ser-lhe confiscado o beneficio hereditario, não deixava por isso de ser considerado herdeiro, de modo que, se entre elle e a herança se houvesse

¹ Encontra-se a enumeração em Hein. cit., parte V, liv. 34, tit. 9.º, § 198 e segg., e mais completamente em Warnkoenig, n.º 1089 a 1091.

² Vej. L. 3.ª D. 28, 4; L. 16, § 2.º, D. 34, 9, e comparem-se com a L. 4.ª C. 6, 35.

operado uma confusão de acções, tal confusão conservava todos os seus effectos. Reputava-se-lhe deferido, de facto, o beneficio; mas tirava-lh'o a lei soberana. Suppunha-se persistente a vontade testamentaria, mas alterada, por virtude da acção indigna, a capacidade legal do instituido para aproveitar-se da liberalidade. Herdeiro por determinação do testador, era inhibido de gozar a herança por determinação da lei ¹.

Casos havia em que os bens tirados aos indignos não eram attribuidos ao fisco, mas passavam a outras pessoas ², e crê Ortolan que na vigencia da lei *Papia o ereptorium* era equiparado aos *caduca*, sendo attribuido ás pessoas que, em relação a estes, gozavam do *jus vindicandi* ³. Isto parece, com effecto, resultar das palavras de Ulpiano: *Lege nobis adquiritur vel caducum vel ereptitium ex lege Papia Popaea* ⁴.

77. Temos tocado nos diversos assumptos do grande systema juridico do povo romano, que têm immediata relação com a inefficacia das disposições de ultima vontade por facto superveniente á feitura do acto testamentario ou codicillar, — assumptos que no direito moderno constituem a materia da *revogação* e da *caducidade*. Particularmente procurámos coordenar as doutrinas que neste ultimo direito são com razão tratadas sob a rubrica da revogação, objecto principal d'este estudo de jurisprudencia testamentaria. Expozemos acima o significado d'este termo juridico — *revogação*, dentro do capitulo dos testamentos.

Assim conseguimos apresentar aos leitores a maior parte dos materiaes que hão de compor o nosso modesto edificio, já trabalhados pelas habéis mãos dos grandes jurisconsultos, arrancados como foram á colossal architectura que é por sem duvida a mais extraordinaria creação das civilizações antigas. Esses materiaes, tirados aqui e acolá nos flancos do gigantesco monumento, approximámol-os e sobrepozemol-os em ordem a dar idéa da importancia da construcção, e por esta simples amostra pode já ver-se

¹ Vej. L. 8 e L. 18, § 1.º, D. 34, 9; L. 29, §§ 1.º e 2.º, D. 49, 14.

² Encontram-se em Hein., cit. parte V, § 200, e em Warnkoenig, n.º 1031.

³ *Expl. Hist.*, 3.º vol., n.º 1140.

⁴ *Ex Corp.*, tit. 19, §117.

com quanta razão fomos buscar na antiguidade os modelos do direito moderno.

78. Falámos acima nos *caduca*, e, por necessidade de methodo, não podemos dispensar-nos de expor a noção juridica ligada a este termo no direito romano, d'onde derivou para a linguagem dos commentadores e do direito actual.

As celebres leis *Julia* e *Papia Popaea*, promulgadas no tempo de Augusto e destinadas a combater a perversão dos costumes d'essa epocha, em que o celibato e a frequencia dos divorcios ameaçavam extinguir a familia e deixavam esgotar-se a população legitima dos cidadãos, já deploravelmente dizimada pelas guerras civis, e com o fim, por outro lado, de remediar a penuria do thesouro publico ¹, introduziram novas regras sobre a capacidade de receber por acto de ultima vontade e sobre a devolução dos beneficios testamentarios vagos por falta da pessoa nomeada.

Em relação ao primeiro ponto, accrescentaram ás condições de direito civil sobre a testamentifacção passiva outras condições, cujo conjuncto formou o *jus capiendi ex testamento*, pelas quaes em regra eram excluides da successão os que não vivessem no estado de casados (*coelibes*), e parcialmente privados os que, sendo casados, não tivessem ao menos um filho legitimo vivo (*orbi*). Alem d'isto protrahiram até o dia da abertura das taboas do testamento a epocha da adição da herança e da fixação do direito aos legados.

Em relação ao segundo ponto, substituiram os antigos principios sobre o *direito de accrescer* pelas novas regras referentes ao *jus caduca vindicandi*, mantendo-os, comtudo, para as liberalidades havidas por não escriptas (*pro non scriptis*) por desde a origem lhes faltar de facto ou de direito a pessoa nomeada para recolhê-las.

O antigo direito ficou apenas *integralmente* de pé em favor dos ascendentes e descendentes do testador até o terceiro grau, porque a lei *Papia*, diz Justiniano, *se envergonhou* de impor o seu jugo a estas pessoas tão estreitamente ligadas ao testador pelos

¹ *Papia Popaea quam senior Augustus, post Julias rogationes, incitandis coelibum poenis et augendo aerario, sanxerat. — Tacito, Ann., III, 23.*

laços do sangue ¹. Ellas pois continuavam sujeitas unicamente ás antigas condições sobre a testamentifacção passiva, e gozavam das garantias inherentes ao primitivo *direito de accrescer*.

Mas, em geral, as disposições que, validas na origem, vinham a ser mais tarde prejudicadas pela falta da pessoa nomeada, ou fosse por força do antigo direito civil (*in causa caduci*), ou por virtude das novas leis caducarias (*caduca*), revertiam, não a favor das pessoas que até então gozavam do direito de accrescer, mas a favor e como premio da paternidade. Eram os *paes* nomeados no testamento, e por uma certa ordem, na qual comtudo influa a *conjunção verbis*, que recebiam o beneficio vago, e, á falta d'elles, o thesouro do povo (*aerarium*), porque o povo é emfim o pae de todos ².

Procuremos agora fixar as nossas idéas. Uma disposição de ultima vontade pode ser desde o principio nulla e inexequível, e, sendo valida e exequível na origem, infirmar-se posteriormente. Se o vicio, quer original, quer superveniente, é tal que affecte o conjuncto das disposições contidas no mesmo acto, deixa de haver por elle vontade testamentaria, e portanto nenhum effeito é ligado ao documento. Se, porem, o vicio affecta simplesmente uma parte do acto, permanecendo efficaz a outra parte: por exemplo, se ha mais de um herdeiro e o vicio prejudica apenas a nomeação de um d'elles, ou se, havendo herdeiro, é um legado que não pode ter execução, — tem de abrir-se a successão testamentaria, e porisso é mister marcar novo destino ao objecto da disposição inutil, *se tal objecto não pereceu, ou se o testador não marcou expressamente esse destino*. A este fim miram as regras sobre o direito de accrescer.

Se o vicio era original, a disposição tinha-se como não escripta (*pro non scripta*); se era superveniente, dizia-se que a liberalidade vagava (*deficiebat*).

A devolução, quanto á primeira especie de disposições, continuou, no tempo das leis caducarias, a regular-se pelas antigas regras do direito de accrescer; quanto á segunda, passou a ser regida pelo direito novo, salva a excepção já referida.

¹ L. un. C. 6, 51.

² velut parens omnium populus vacantia teneret. — Tacit., *Ann.*, III, 28.

De forma que houve então duas ordens de vacancias sujeitas a este direito: as que resultavam dos impedimentos creados pelas leis caducarias, e as que provinham das regras anteriores de direito civil. Os beneficios vagos pela primeira causa eram *caduca*; os que vagavam pela segunda, porisso que accresciam segundo as mesmas regras, diziam-se — *in causa caduci*.

Caduca era pois a mercê que estava legitimamente attribuida ao herdeiro ou ao legatario, e que novas leis lhe faziam, para assim dizer, cahir das mãos (*cado*). Os *caducos* não comprehendiam pois os beneficios perdidos por virtude do antigo direito. Dil-o claramente Ulpiano: *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti cecidit ab eo*¹.

Justiniano completou a abrogação das leis caducarias que as constituições de Caracalla e de Constantino tinham já começado. No tit. 51 do liv. 6.º do *Codigo* encontramos nós as expressões — *caduca, in causa caduci* com sentido diverso.

Segundo Justiniano, *caducas* eram as liberalidades que vagavam *mortuo jam testatore*, e *in causa caduci* as que ficavam sem herdeiro ou legatario *vivo testatore*². Naturalmente esta distincção foi introduzida pela jurisprudencia depois da epocha de Ulpiano, porque não parece ter sido a do seu tempo, comquanto no *Codigo* ella seja attribuida aos antigos³.

79. A noção dos *caducos*, ainda segundo a distincção de Justiniano, differe muito da exposta nos commentarios de direito moderno. O imperador, no logar citado do *Codigo*, refere a definição ás liberalidades *vagas*, porque trata de fixar as regras sobre o direito de accrescer. A noção moderna da caducidade é independente d'este direito. O legado, cujo objecto perece, *não vaga*, mas *caduca*. Ainda por outro lado o termo tem hoje mais amplitude, pois que comprehende não só os *caduca* de Justiniano, mas as liberalidades *in causa caduci*, expressão que não passou ao direito actual.

¹ *Ex Corp.*, tit. 17, § 1.º

² L. un. C. cit., § 2.º

³ Cit. §; vej. Ortolan, 2.º vol., n.º 876 e notas.

A outro respeito, porem, a caducidade tem modernamente comprehensão menor, sendo que não abrange os beneficios hereditarios que vagam por via de revogação.

Nella pois comprehende-se modernamente o testamento *destitutum* dos romanos, os legados *extinctos*, a que fizemos referencia (n.ºs 68 e 70), e, em geral, toda a disposição que, valida e efficaz na origem, se torna subsequentemente inexequivel em relação á pessoa nomeada, *independentemente da vontade do testador*¹.

80. Delimitada assim a área do nosso trabalho, prosigamos na evolução historica da revogação em materia testamentaria, passando já ao direito nacional.

¹ Esta distincção entre disposições revogadas e disposições caducas deduz-se claramente da secção VIII, liv. III, tit. II, do *Cod. Civ. Francez*, e é perfilhada por todos os commentadores d'este *Codigo*. Vej. tambem *Cod. Civ. Ital.*, art. 888 e segg.; Demolombe, *Trait. des Don. entre vifs et des Testam.*, tom. 5.º, n.ºs 297 e 244; Zachariae (Massé e Vergé), tom. 3.º, § 501, nota 6; Marcadé, *Expl. Theor. e Prat. du Cod. Civ.*, tom. 4.º, n.º 183; Borda, commentario aos artt. 890 e 891 do *Cod. Ital.* — O nosso *Codigo Civil*, sem desconhecer a distincção, nem sempre se lhe mantem fiel, como veremos.

CAPITULO SEGUNDO

Direito patrio

SECÇÃO 1.^a

Até ás reformas do Marquez de Pombal

SUMMARIO

81. Os testamentos e o dominio romano na peninsula hispanica. O Direito sob a dominação barbara até á vigencia do *Codigo Wisigothico*. — 82. Publicação, caracter e valor d'este codigo em relação ao nosso direito em geral. — 83. Origem do testamento nos povos germanicos. — 84. Caracter das leis testamentarias no referido codigo. — 85. Especies de testamentos que admite. Principios que estabelece no assumpto da *revogação*. — 86. O *Codigo Wisigothico* e o nosso primitivo direito testamentario. Disposição da *terça* e do *quinto* segundo este codigo e o direito hespanhol. A *terça* e o *quinto* em documentos patrios da primeira dynastia. Variedade dos antigos costumes portuguezes em relação á quota disponivel. — 87. O direito romano e o nosso direito antigo em materia de testamentos. Caracter dos primeiros testamentos em Portugal. Direito testamentario até o tempo de Affonso V. Contribuições do direito romano e dos costumes patrios para a compilação affonsina. Fonte das provisões ulteriores. O direito romano e a jurisprudencia. Os casos omissos; conclusão.

§1. Os habitantes do tracto de terra onde veio a fundar-se a nacionalidade portugueza receberam o uso dos testamentos dos romanos dominadores da peninsula hispanica ¹.

Nos principios do seculo quinto, a mesma peninsula foi invadida pelos alanos, vandalos e suevos, ficando estes, annos depois, unicos senhores do paiz. O reino suevo, porem, enfraquecido nas

¹ Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, liv. 3.^o, tit. 5.^o, § 2.^o; Gouvêa Pinto, *Tratado Regular e Practico de Testamentos e Successões*, cap. 3.^o, pag. 10.

luctas que este povo teve de sustentar com os gallegos, com as tropas romanas e principalmente com os godos, que das Gallias se alargavam para áquem dos Pyreneus, desaparece, a seu turno, no ultimo quartel do seculo sexto, ao cabo de um periodo obscuro, deixando a peninsula á dominação dos godos vencedores e a historia numa ignorancia absoluta das suas leis ¹.

No tempo do rei Eurico começaram os wisigodos, ainda nas Gallias, a ter leis escriptas, *nam antea tantum moribus et consuetudine tenebantur*, como diz S. Isidoro ². Alarico, filho d'este, mandou fazer a collecção conhecida pelo nome de *Breviario de Aniano*, tirada na maior parte, de leis romanas, para uso dos povos vencidos.

A approximação, porem, entre vencidos e vencedores foi rapida. Recaredo abjura o arianismo, e estabelece a unidade de crença. Recesuindo permite as allianças conjugaes, e prepara a unidade de raça. Uniformisam-se os costumes e a legislação. Leovigildo reformara e accrescentara as leis de Eurico. Chindasuindo e Recesuindo ordenam a formação de um codigo nacional, abolindo o uso do direito romano.

§ 2. Este codigo, na forma em que nos é conhecido, foi publicado no 16.º concilio de Toledo, em 693, sendo ahi apresentado pelo rei Egica ³. É o *Codigo Wisigothico*, codigo universal do imperio, contrariamente ao que succedia nos outros povos em que dominava a raça germanica, onde a legislação era *peçoal* ⁴; corpo das leis geraes por que se governou a população christã da Hespanha, antes e depois da conquista sarracena, até á publicação das *Partidas*; fonte remota de legislação portugueza, gosando, elle proprio, de auctoridade legal na monarchia incipiente ⁵. Com

¹ Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação de Portugal*, § 48.

² Vej. *Mem. III para a Historia da Legislação e Costumes de Portugal*, por Antonio Caetano do Amaral, no tom. 6.º das *Memorias de Litteratura Portugueza*, pag. 147, n. (49).

³ Cit. *Memoria*, n. (55).

⁴ *Ibid.*, n. (57); Raymundo Nogueira, *Prelecções sobre a Hist. de Dir. Patrio*, pag. 63.

⁵ C. da Rocha, *obr. cit.*, § 89; sr. dr. Chaves e Castro, *Estudos sobre a Reforma do Proc. Civ. Ord. Port.*, pag. 32.

effeito, claramente o encontramos citado em varios monumentos do tempo ¹.

§3. O *Codigo Wisigothico* é ao mesmo tempo um codigo romano e barbaro. *Bene multa a Romanis Gothi didicerant, ab avitis suae gentis institutis longius recedentes* — diz Canciani ². Numerosissimas disposições têm evidentemente uma origem romana ³, mas os costumes germanicos imprimiram-lhe um cunho particular.

O uso dos testamentos nos povos que constituíam esta grande raça é que deve attribuir-se ao contacto com os romanos. Antes d'isto era tão desconhecido o testamento entre elles, como na India antes da conquista ingleza ⁴.

Na opinião de Maine é mesmo duvidoso que o direito de testar tenha sido verdadeiramente conhecido em qualquer sociedade primitiva, tirante a romana.

«Acham-se — accrescenta — vestigios d'esse direito aqui e alli, mas na maior parte dos casos é dado suspeitar uma origem romana. O testamento atheniense era, sem duvida, indigena, mas veremos que elle era apenas um começo de testamento. Quanto aos testamentos de que ha menção nos codigos que nos foram transmittidos como collecções das leis dos conquistadores do imperio romano, é quasi certo que elles têm uma origem romana. A critica allemã, a mais perspicaz, tem recentemente estudado essas *leges barbarorum*, a fim de separar, em cada systema, as regras que constituíam o costume da tribu, em quanto viveu no primitivo territorio, dos elementos recebidos do direito romano. Neste trabalho tem-se chegado invariavelmente a este resultado: que o nucleo das antigas leis não contem vestigios de testamento. Onde quer que o direito de testar existe, derivou do direito romano» ⁵.

¹ Cit. *Mem.*, n. (62); Raym. *Nog.*, pag. 68; vej. os titulos diversos com que é designado nos monumentos patrios, na obra — *Portugaliae Monumenta Historica — Leges et consuetudines*.

² Citado na *Memoria* a que nos temos referido, n. (57).

³ *Ibid.*, n. (58).

⁴ Lavelaye, *De la Propriété et de ses Formes Primitives*, cap. 5.º, pag. 95.

⁵ *Anc. Droit*, pag. 186; vej. tambem pagg. 164 e 216.

Cada um — informa Tacito, falando dos *Costumes dos Germanos* — herdava de seu pae, e nunca faziam testamento. Á falta da linha recta, os collateraes mais proximos recolhiam a successão. «Na Germania — accrescenta — nada se lucra em não ter filhos» ¹.

É pois á influencia das idéas romanas e á não menos importante influencia da Egreja, para a qual os testamentos eram mananciaes abundantes de riquezas, que deve attribuir-se o uso d'elles entre os barbaros conquistadores ².

§4. Comtudo as leis testamentarias do *Codigo Wisigothico*, em que sem duvida transluz o conhecimento do direito dos vencidos, estão longe da complicação e tambem da perfeição systematica d'este. São principios dispersos, incompletos, por vezes discordantes (o que se explica pela diversa procedencia e data das leis), sobre tudo mal definidos, apparecendo as regras dos testamentos involvidas entre as dos contractos e reflectindo-se até na impropriedade da linguagem a confusão das idéas ³.

§5. Quanto ás solemnidades, encontra-se menção de quatro especies de testamentos na L. 11, liv. II, tit. V, de que dá noticia C. da Rocha em nota ás suas *Instituições de Direito Civil Portuguez*, observando que porventura se poderão encontrar aqui esclarecimentos sobre a mais antiga origem dos nossos testamentos ⁴.

¹ Cap. XX. — O ultimo periodo encerra uma allusão aos exemplos de sordida cubica e de interesseira adulação que a instituição testamentaria produzia em Roma, onde — *omnes aut captantur aut captant*.

² Lavelaye, *obr. cit.*, cap. 9.º, pag. 171.

³ Vej. a *Mem. cit.*, notas (301) e (312). — Em diversos logares apparece nas leis wisigothicas o doador entre vivos com o nome de *testator* e a doação com o de *testatio*. Por exemplo na L. 4.ª, livro V, tit. II — *De rebus extra dotem uxori a marito conlatis*: mulier usque ad diem obitus sui secundum voluntatem vel ordinationem *testatoris* secura possideat. Fructus tamen sicut *testator* ipse, qui hoc *testavit*, expendendi vel utendi potestatem habere poterit.

⁴ Nota FF, no 2.º tom., a pag. 733; vej. tambem a cit. *Memor.*, n. (315). — Ainda as LL. 12 e 15 se occupam de duas outras especies em circumstancias extraordinarias, sendo a primeira o testamento feito em jornada, e a segunda o que se faz sem testemunhas por não ser possivel reunil-as.

O *Código Wisigothico* reconhece o principio da *revogabilidade* dos testamentos, e neste ponto distingue claramente os actos por morte, dos actos entre vivos ¹.

Regula os effeitos da *superveniencia de filhos*, mas não considera, em tal caso, revogada a liberalidade; antes lhe dá efficacia em relação á quarta parte, mandando entregar o restante ao postumo ². Referindo-se, porem, ás liberalidades reciprocas dos conjuges sem filhos, estabelece que, no caso que estes sobrevenham e sobrevivam a algum dos paes, a *indiscreta* disposição seja infirmada completamente (*ex toto*) ³.

Alem dos motivos de desherdação que enumera, toma em conta a *indignidade* posterior á escriptura testamentaria, como fundamento para a revogação da disposição benefica ao indigno ⁴.

§6. Mas é certo que o *Código Wisigothico* figura com uma parte minima entre as origens do nosso direito testamentario ⁵.

¹ L. 3.^a, liv. II, tit. V: *Pacta vel placita, quae per scripturam justissime ac legitime facta sunt, nullatenus immutari permittimus* (*Portug. Monum. Hist.—Leges et Consuetudines*, pag. 29). Mas a L. 6.^a, liv. V, tit. II, estabelece que, se alguém fizer dos seus bens escriptura a favor de qualquer pessoa e lh'a não entregar, o beneficiado a pode reclamar, com os valores escriptos nella, se fôr encontrada depois da morte do doador; porque é de inteira justiça que tal escriptura haja plena força, uma vez que o doador a tenha conservado de modo que nenhum signal appareça de mudança. «Nam si — continúa a mesma lei — scripturam ipsam vel rem conditor ejus, dum viveret, nullo modo tradidit, sed apud se retinuit, et voluntatem suam in postmodum immutavit, illud potius firmissimum erit, quod post testamentum non traditae scripturae definisse cognoscitur». — Fala-se expressamente do testamento, mais abaixo: «Qui vero sub occasione hac largitur, ut eandem rem ipse, qui donat, usufructuario jure possideat, et ita post ejus mortem ad illum cui donaverit, res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam, quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit». (*Port. Monum. Hist. — Leg. et Cons.*, pagg. 55 e 56).

² Tres vero partes, quae supersunt, posthumus absque dubio sortietur. — L. 19, liv. IV, tit. II.

³ *Ibid.*.

⁴ Qui defuncti celaverit voluntatem, aut in eadem aliquid falsitatis intulerit; luerum quod forsitan judicio testatoris per ipsam scripturam fuerat habiturus, amittat, illis quibus fraudem facere conatus est, profuturum, etc. — L. 5.^a, liv. VII, tit. V (*Portug. Monum. Hist. — Leg. et Cons.*, pag. 82).

⁵ Vej. o que a este respeito observa Ccelho da Rocha em a nota FF, atraz citada.

Lobão, depois de afirmar que este código regeu por muito tempo a nação portugueza, diz: «Nós com effeito ainda desde a era de 1308 até 1371 vemos testamentos, em parte conformes com o dicto código, quanto á disposição da *terça* e *quinto* ¹». Realmente numa lei de Chindasuindo se fala da *terça* e do *quinto* quasi nos termos em que o direito de Hespanha regulou o mesmo assumpto ².

Segundo este direito, a legitima dos descendentes consiste nas quatro quintas partes dos bens do pae ou ascendente, salvo o direito que assiste aos paes ou avós de reservar um terço dos dictos quatro quintos para agraciar com elle algum ou alguns dos seus descendentes, á vontade. Assim o terço, que se considera legitima no sentido de não poder sahir da linha descendente, assume tambem o character de *mejora*, attendendo á escolha que pode fazer o testador da pessoa que ha de desfructual-o. Chama-se *mejora* a porção de bens que o testador deixa a um herdeiro legitimario alem da legitima. Assim o pae ou outro ascendente, que tem pela lei a livre disposição do quinto de seus bens, pode, se quizer, beneficiar com elle algum descendente, e então a disposição chama-se *mejora de quinto*; e toma o nome de *mejora de tertio*, se recahe sobre a *terça* que o pae pode deduzir dos quatro quintos em favor de algum descendente ³.

Ao *Código Wisigothico* deve certamente referir-se a origem da distincção de duas quotas disponiveis — *terça* e *quinto*, de que achamos noticia em varios documentos nossos da primeira dynastia; comtudo o costume que entre nós dominou é bem diverso do que legisla o *Código Wisigothico* e o direito hespanhol; por

¹ *Collecção de Dissertações Juridico-praticas* (supplemento ás notas a Mello), *Dissert. 1.ª*, § 2.º, pag. 42.

² É a L. 1.ª, liv. IV, tit. V, que, depois de rejeitar a inteira liberdade testamentaria, attentatoria dos direitos dos descendentes: *abrogata Legis illius sententia, qua pater, vel mater, avus, sive avia in extraneam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent; aut etiam de dote sua mulier facere quod elegisset, in arbitrio consisteret*, — passa a estatuir sobre a disposição da *terça*, permitindo aos ascendentes melhorar com ella qualquer dos filhos ou netos, e além d'isto dispor do *quinto* a favor de egrejas, libertos, etc.

³ *El Derecho Civil Español com las Correspondencias del Romano*, por el Dr. D. Domingo Ramon Domingo de Morató, tom. 2.º, n.º 1267 e 1283.

quanto vemos d'aquelles documentos que se dispunha, tanto da terça, como do quinto, a favor de pessoas extranhas, embora houvesse filhos, — com a differença que a terça era só dos bens adquiridos (de *compradea* e *ganhadea*), e o quinto podia ser dos bens herdados (de *avoenga*) ¹.

Os costumes não eram, porem, neste ponto, uniformes. No liv. 4.º, tit. 98, das *Ordd. Aff.* é reproduzida uma lei, sem data, de D. Diniz, em que se reconhece aos filhos naturaes do peão o direito de herdar e partir com os filhos legitimos de seu pae, salvo a *terça* que este podia dar a outrem que quizesse. E D. João I, noutra lei que se lê no tit. 97 do mesmo livro das referidas ordenações, afirma *ser costume* do reino poder o pae tomar a *terça* de seus bens para distribuil-a como lhe aprouvesse ². Foi pois o costume de dispor da terça, sem distincção de bens, que prevaleceu, sendo legalmente reconhecido, — costume que parece ter começado a accentuar-se desde o testamento de Affonso II. Nalgumas localidades, como a Guarda e Portalegre, consta ter havido ainda um uso diverso — o de dispor da *quarta* ³.

§7. O nosso antigo direito testamentario é, com algumas alterações, o direito romano, e, em relação ao ponto especial de que nos occupamos, podemos afirmar que percorrer a legislação romana, como fizemos no capitulo primeiro, é, com effeito, passar em revista as regras outrora ensinadas e escrupulosamente seguidas entre nós.

¹ Vej. J. P. Ribeiro, *Observ. Dipl.* 7, pag. 108 e segg.; Lobão, *Supplem. ás Acc. Summ., Dissert. V*, §§ 4 e segg. — Num documento de 1308 diz-se: *quintam totius mei patrimonii et tertiam totius meae ganadiae*. Noutro de 1321: e se pela ventura algum a descesse por alguma maneira, mandamos quinta de nossa avoenga, e terça de nossa ganhadea. De 1332: *E se meus filhos quizerem embargar este meu testamento, mando que o dito D. Abade, que filhe toda a terça de minha ganhadea, e de minha compradea, e toda a quinta de minha avoenga.*

² Segundo costume d'estes Regnos, o Padre, ou Madre podem tomar a terça de seus beens, e a distribuir, e fazer em ella seu herdeiro quem por bem tiverem; e as duas partes som dos filhos per bem do dito custume, dado que os filhos sejam muitos, quer poucos.

³ Vej. Guerr. cit. por Lobão na alludida *Dissert. V*, § 7.º, nota, e Alv. Valasco, *Cons.* 104, n. 25, que diz: *et tamen in episcopatu Egtanensi, disponere solum possunt de quarta bonorum, ex antiqua consuetudine, quae communiter servatur, non obstante lege Regia in contrarium.*

«Nos tempos mais antigos da monarchia — diz C. da Rocha — os testamentos eram usados mais com o fim religioso de segurar a salvação eterna por meio de legados, que nelles se deixavam para suffragios, ou ás egrejas e estabelecimentos de piedade *pro bono animae suae*, do que com o fim da disposição profana»¹. D'aqui resultou preceder o uso de legados, principalmente pios, e de fideicommissos, ao de solemnes instituições de herdeiros².

E, como, pelo interesse espiritual ligado á efficacia dos testamentos, mais receavam os testadores a sua infirmação, serviam-se do terror supersticioso como meio de sustentar e fazer cumprir as disposições, inserindo execrações e esconjuros religiosos contra os que embargassem o seu cumprimento. «É bem para admirar — diz Viterbo — o quanto eram temidas até o fim do sec. XIV as *maldições*; pois quasi todos os instrumentos de doações, ou testamentos, que desde o sec. VII nos ficaram, estão cheios das mais execrandas e temiveis contra os que forem opostos ou quebrantarem o que nos taes instrumentos se dispõe»³.

Até o tempo de Affonso V quasi não tivemos leis testamentarias. O direito era costumeiro.

As *Ordd. Affonsinas* recolheram os costumes existentes, em parte accomodados ao direito canonico e ao romano, e d'este ultimo extrahiram novos principios que se acham, com os primeiros, exarados no liv. 4.º, tit. 97 e segg.⁴

Dos costumes patrios derivou a doutrina dos §§ 1.º e 2.º do tit. 97, que reproduzem uma lei de D. João I, segundo a qual o pae ou a mãe podia dispor livremente da terça de seus bens, e era valido o testamento d'essa quota disponivel, embora não mencionasse, quanto á legitima, os filhos, que, segundo o direito ro-

¹ *Instit. de Dir. Civ. Portug.*, 2.º tom., nota FF, pag. 734. — Varios especimens de testamentos de pessoas reaes, reproduzidos em parte por Mello Freire, *Instit. Jur. Civ. Lusit.*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 2.º, nota, exprimem claramente o fim religioso dos testadores; por exemplo, o de Aff. III: *Facio testamentum meum, ut Dominus propitietur animae meae, et non consideret peccata mea. . . . et pro salute animae meae.*

² Mello Freire, cit. liv., tit. 7.º, § 1.º, nota.

³ *Elucid.*, vb. *Maldições*; Lobão, *Not. a Mello*, liv. 3.º, tit. 5.º, §§ 2.º e 3.º

⁴ Mell. Fr, liv. 3.º, tit. 5.º, § 3.º; Gouv. Pinto, *Testam. e Successões*, cap. 3.º

mano, deviam ser instituídos ou desherdados ¹. Em tal caso, os filhos preteridos presumiam-se tacitamente instituídos ². A mesma origem tem a doutrina do tit. 103, no principio, que declara sufficientes para a validade do testamento cinco testemunhas, ainda que algumas fossem mulheres ³; e a do tit. 98, reproduzindo uma lei de D. Diniz, onde se estabelece que os filhos naturaes de pae peão herdem com os legitimos, e, á falta d'estes, recebam toda a herança paterna, salvo ao pae o direito de dispor da terça ⁴.

Alóra estas e mais algumas poucas contribuições dos costumes nacionaes, o direito testamentario do nosso primeiro codigo foi organiado á custa do direito imperial romano, a que faz continuas referencias ⁵.

As addições que subsequentemente foram feitas ás provisões da primeira compilação até ás reformas pombalinas foram tambem directamente extrahidas d'aquelle direito, fonte perenne, direito commum da Europa e centro da actividade dos grandes jurisconsultos, desde o seculo XII até á publicação dos codigos que nasceram da Revolução Franceza.

Como nas collecções de leis, tambem nos tratados dos interpretes dominava o espirito do direito romano ou canonico, «espirito — diz C. da Rocha — que a cada passo ressumbra na interpretação mesmo d'aquellas leis, que tinham por fonte os antigos costumes nacionaes, alheios ou contradictorios com as leis romanas e canonicas» ⁶.

¹ E porque aquece per vezes, que elles fazem testamentos da terça de seus beens, e leixam-na a pessoas estranhas, non fazendo meençom em seus testamentos dos filhos, os quaes per Direito Cõmuum devem seer instituídos, ou exherdados, e nom o sendo, fica o testamento per Direito nenhum, e seendo nenhum, ficariam os beens todos aos filhos, e o testamento nom averia effeito, o que he contra o costume suso dito, etc. — § 1.º

² e assy devem de seer avudos por herdeiros em favor do testamento, como se fosse nomeados, e instituídos. — § 2.º — A mesma doutrina nas *Ordd. Philipp.*, liv. 4.º, tit. 82, pr.

³ Costume foi e he d'antigamente em estes Regnos geeralmente usado, etc. — Vej. todavia *Ordd. Philipp.*, liv. 4.º, tit. 80, pr.

⁴ Vej. *Ordd. Philipp.*, liv. 4.º, tit. 92.

⁵ Vej. *Memor. de Villa-Nova Portugal* no tom. 5.º das *Memor. de Litter. Portug.*, 2.ª epocha, § 3.º, e o *Manual Historico de Direito Romano* do sr. conselheiro Henriques Secco, cap. addic., § 6.º

⁶ *Historia*, § 190; vej. *Instituições*, 2.º tom., cit. nota FF.

Por outro lado, era ainda ao direito romano que se recorria nos casos omissos, que tantissimos tinham as nossas leis em materia de testamentos, sobretudo no assumpto da revogação; de maneira que pouca nóvidade encontraríamos para objecto de estudo, se desceramos agora a minudencias, que serão opportunamente rememoradas, quando d'isso possa promanar vantagem.

SECÇÃO 2.^a

Os novos principios da epocha pombalina

SUMMARIO

88. O preambulo da carta de lei de 9 de setembro de 1769 e as velhas maximas tradicionaes do direito romano. Por que são ellas enigmaticas para o espirito moderno? — 89. A regra *Testatus* condemnada no referido preambulo. Dificuldade de determinar a sua origem historica. — 90. O regimen da propriedade segundo as *XII Taboas* está longe de ser primitivo. Considerações de critica historica sobre o direito de alienar e de testar. — 91. A familia, corporação perpetua. Evolução do *collectivismo*. *Collectivismo familiar*. — 92. Continuação. Indivisão indefinida do fundo patrimonial. Direito à chefatura; o primogenito. — 93. Denegação de direitos successorios ás mulheres. — 94. O mundo domestico e o sentimento da immortalidade; o culto dos mortos; destino primitivo e commum da adopção e do testamento. — 95. Principios que da organização collectivista deviam derivar para o direito testamentario. Dedução da regra *Testatus* e do caracter da *herança* no direito romano. *Instituição de herdeiro*, essencia do testamento. *Unidade de herdeiro*; *ruptura total* do testamento anterior pelo posterior. — 96. Palavras de Mello Freire e do legislador de 1769. — 97. Nova orientação da jurisprudencia.

88. O que, porem, importa já considerar é a grande revolução operada nos principios do nosso direito testamentario pelas reformas pombalinas. Propriamente é nesta epocha que termina a antiguidade juridica, e que as grandes construcções que d'ella herdámos recebem a feição adequada ao viver do mundo moderno.

Esta revolução liga-se principalmente á carta de lei de 9 de setembro de 1769, em cujo preambulo se proscvem as velhas maximas tradicionaes do direito quiritario, que haviam passado, atravez de todas as metamorphoses da civilização antiga, para as obras dos juriconsultos da renascença juridica com a religiosa immuidade dos dogmas. Maximas que a consagração de uma auctoridade ininterrupta e o mysterio de uma origem perdendo-se nas escuridões longinquas da historia, faziam venerandas, mas que

nem sequer podiam ser comprehendidas e explicadas em epocha e circumstancias tão outras das que lhes haviam dado ingresso no direito.

Apagado o rasto por onde seria possivel descobrir a sua razão de ser na historia, não admira que fossem tidas por inepcias de um espirito supersticioso; tanto é fatal que as idéas e instituições sejam calumniadas, todas as vezes que um criterio modernisado as desloque do seu momento historico!

89. Entre essas maximas, severamente apreciadas pelo legislador de 1769, apparece uma sempre havida por fundamental no capitulo dos testamentos, a qual foi collocada no *Digesto* entre as *regras do direito antigo*, e que Cicero e Pomponio formularam assim: *Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*. É conhecida pelo nome de regra *Testatus*¹.

Certamente este principio, bastante problematico para o espirito moderno, remonta ás primitivas tradições juridicas do povo romano, e não é possivel, por uma investigação directa, determinar o modo de ser social, em que teve origem.

90. Para nós é evidente que a *Lei das XII Taboas* está longe de representar a vida social primitiva dos romanos, e antes cremos que até o apparecimento d'este codigo da antiguidade ha um longo caminho percorrido e uma importante evolução realisada nas relações da ordem privada. De outra forma seria necessario suppor que estes factos fundamentaes, a familia e a propriedade, tiveram em Roma um desenvolvimento inteiramente original que desmente importantes leis historicas perfeitamente assentes em relação a povos e raças diversas.

Sociedade em que se permite a venda do fundo patrimonial e se reconhece a liberdade de testar, está, a darmos algum valor ao methodo comparativo, já longe do primitivo regimen da propriedade na familia.

«Nós não conhecemos — diz o sr. Oliveira Martins — direito

¹ L. 7 D., 50, 17; Cic., *De Inventione*, 11, 21; Mell. Fr., liv. 3.º, tit. 5.º, § 32.

romano anterior ao das *XII Taboas*, código em que a venda já é licita, mas tudo conduz a crer que precedentemente a inalienabilidade era regra entre os romanos, como o era *por toda a parte* ¹.

Quanto ao testamento, já emittimos noutro logar a opinião de que elle não era, a principio, admittido em Roma senão aos patricios e á falta de herdeiros legitimos, a não ser que estes renunciasssem ao seu direito. Tal era a conclusão a deduzir da intervenção das *gentes* na celebração do acto testamentario. «Era definitivamente o conjuncto das familias que decidia sobre a oportunidade de um testamento — diz Cornulier-Lucinière —. Era a familia julgada pelos seus pares» ².

Admittida em certas condições a venda de bens (*mancipium*), começou este meio a ser empregado na classe plebêa para a transferencia das heranças em artigo de morte. A adopção d'esta forma testamentaria, como a do testamento patricio, tinha por fim supprir a falta de successão dentro do quadro dos parentes que, sob o regimen collectivista, que abaixo exporemos, possuíam em *commum* o patrimonio indivisivel com o chefe da familia, composta dos descendentes e agnados. Este regimen, porem, pela crescente grandeza numerica das corporações familiares, a qual difficultava a vida *commum*, pela aspiração natural do homem á independencia e por outras causas, a que não seriam extranhas as pretensões monopolisadoras dos que exerciam a supremacia nas comunidades, declina e cae em desuso, sendo substituido pelo systema da partilha, depois de fixada a ordem legitima da successão; d'onde naturalmente resultou o desdobraimento das corporações familiares em grupos menores, unificados pela subjeição ao mesmo patrio poder. O direito de *compropriedade* então apparece apenas nas relações juridicas do *pater* com os herdeiros immediatos, que as *XII Taboas* chamam herdeiros *seus*, transformando-se, quanto aos demais, em simples *direito de herdar*. Apesar d'estas divisões das familias em gremios menores sob a direcção das pessoas que ficavam *sui juris* á morte

¹ *Quadro das Instituições Primitivas*, pag. 409; vej. Laveleye, *De la Propriété*, 3.^a ed., pagg. 167, 168 e 198.

² *Études sur le Droit de tester*, 7.^a ed., tom. 1.^o, pag. 383.

do ascendente commum, — os que assim se separavam consideravam-se ainda *na mesma familia*, como se continuassem associados, conforme lucidamente diz Ulpiano ¹.

Não obstante, foi naturalmente então que os plebeus começaram a arrogar-se uma tal ou qual liberdade na transferencia da herança, servindo-se para isso da forma habitual da mancipação, testamento dissimulado em contracto e independente da approvação dos interessados, operando uma transmissão entre vivos (n.º 17). Aquella liberdade servia-lhes para darem satisfação ás suas predilecções pessoaes, embora em detrimento de algum d'esses agnados que viviam em familia separada, e apparece, emfim, traduzida em principio legal na *Lei das XII Taboas*, que assim procurava attender os novos sentimentos em que as relações naturaes lutavam já vantajosamente com as ficticias ligações de corporação.

«Antes da *Lei das XII Taboas* — observa Fustel de Coulanges — não temos texto de lei que prohiba ou permita o testamento, mas a lingua conservava a recordação de um tempo em que elle (deve entender-se: a liberdade de testar) não era conhecido; porque ella chamava o filho *herdeiro seu e necessario*» ².

De resto, em parte nenhuma o testamento apparece como instituição primitiva, porque os povos primitivos não comprehendem — diz Lavelaye — «que a vontade de um homem possa, depois da morte, fixar a attribuição de uma propriedade, cuja transmissão, no grupo patriarchal, é regulada pela auctoridade sagrada do costume; e mais tarde, quando se introduz o testamento, o testador não pode dispor senão dos adquiridos, e não do que herdou» ³.» Esta distincção de bens em adquiridos e herdados, vimos já que era estabelecida no direito costumeiro da nossa primeira dynastia, e foi renovada pela citada lei de 9 de setembro de 1769, suspensa nesta parte até á publicação de novo codigo pelo

¹ *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum: nam, etsi, patre-familias mortuo, singuli singulas familias habent: tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente prodiit sunt.* — L. 195, § 2.º, D. 50, 16.

² *La Cité Antique*, 3.ª ed., pag. 89.

³ *De la Propr.*, pag. 198.

decreto de 17 de julho de 1778¹. A mesma distincção se encontrava no antigo e novo direito costumeiro francez.

¶1. Nós figuramos a familia romana numa epocha anterior a essa tal ou qual liberdade de testar que começou por estabelecer-se nos costumes e foi afinal reconhecida na lei.

O que é? É uma corporação perpetua. Succedem-se as gerações, como as moleculas nos corpos vivos, mas a associação permanece identica sempre; — identidade sensivel na conservação do fundo patrimonial, na permanencia dos mesmos deuses, na pratica do mesmo culto. «A familia é pois eterna — diz o sr. Oliveira Martins —, e essa instituição que reune os homens em moleculas sociaes faz d'elles momentos, instantes, aspectos, hypostases de uma eternidade vista atravez dos mythos»².

A propriedade é da corporação. É pois ainda *collectiva*, mas o collectivismo tem circumscripto gradualmente a área da comunidade.

Eis o processo. Cada região é primeiramente occupada em *commum* pela tribu. Mais tarde a região divide-se em *markas*; a tribu reparte-se em clans ou *gentes*. Na *marka* tambem delimitam-se as sortes, e o clan fragmenta-se em familias. A propriedade fica então *dominium*; é da casa. Emfim chega um momento em que é rigorosamente *proprietas*, e é quando, dentro do circulo de raio menor — a familia, se destacam os pontos ou elementos irreductiveis — os individuos³.

Nós estamos estudando o momento historico do collectivismo familiar. Então a unidade social é a familia. A nação é uma aggregação de familias. As relações entre as corporações da mesma ordem fixam-se por meio de formalidades complicadas, como se fossem negocios internacionaes⁴.

Os individuos não têm direitos de propriedade por si, mas pelo agrupamento familiar em que estão. Quem quer que entra, adquire-os; quem quer que sae, perde-os. Estes effeitos do que os

¹ Vej. d'aquella lei os §§ 1 a 4.

² *Q. das Inst. Prom.*, pag. 42.

³ Vej. sr. Oliv. Martins, *obr. cit.*, pagg. 110 e 111.

⁴ *Anc. Drot.*, pag. 119.

romanos chamaram a adopção e a emancipação, apresentam-se nitidamente nessas communidades de familia que houve em França na Edade Media. «Os que viviam em communidade—diz Lavelaye—herdavam uns dos outros com exclusão dos parentes não communs, e até o extranho admittido á communidade era, como membro d'ella, preferido aos parentes proximos, extranhos á associação ¹.»

O ascendente commum administra o patrimonio commum, e exerce um poder absoluto sobre os descendentes. É a unidade viva e real em que se condensa a unidade ideal da corporação. Neste sentido a familia é elle. Por isso se dizia que os filhos adquiriam para o pae². Elle é sacerdote, legislador, gerente do fundo commum, que todavia, a principio, não pode alienar nem testar.

❷. Á morte do *pater-familias* dispersa-se o grupo? dividem-se os bens pelos filhos?

Não temos informações directas, mas nortêa-nos o methodo comparativo. Por toda a parte a regra é a indivisão do patrimonio da familia em estados sociaes analogos.

Na India a familia apparece tambem despoticamente governada pelo chefe, mas, «se á morte d'este — diz Sumner Maine — ella se desaggrega, os filhos repartem por igual os bens do pae; se, ao contrario, a familia continúa e se desenvolve em *fámilia associada*, encontra-se então o mesmo mixto de eleição e de successão incerta, offerecido na Europa pelos exemplos primitivos do direito de primogenitura. O filho mais velho, e depois d'elle, o seu primogenito têm de ordinario a intendencia da *fámilia associada*; mas os seus privilegios dependem em theoria da eleição pela communidade, que pode retirar-lh'os; e quando lh'os retira, é, de ordinario, em favor de um irmão do defuncto administrador que, pela sua idade, se reputa mais competente que os sobrinhos para os negocios e para a gerencia ³.» Noutra parte o mesmo investi-

¹ *Obr. cit.*, pag. 228.

² Vej. o que dissemos *supra*, n.º 29:

³ *Études sur l'Histoire des Institutions Primitives*, trad. de Durieu de Leyritz, pagg. 247 e 248.

gador observa que as propriedades do hindú, com quanto theoreticamente partilháveis, são tão raras vezes divididas de facto, que succedem-se muitas gerações sem que haja uma partilha, e que a forma de primogenitura que se derramou pela Europa occidental se perpetuou também entre os hindús ¹.

Entre as instituições dos slavos topamos com as comunidades de familia, e o caracter de taes comunidades revela-se bem num trecho do poema nacional — *Libusin Sud*, em que a rainha *Libusa*, decidindo um pleito entre dois irmãos por causa de uma herança, diz: «Possuireis em commum segundo as sanctas tradições do nosso antigo direito. O pae de familia governa a casa, os homens cultivam a terra, as mulheres fazem os vestidos. Se o chefe da casa morre, todos os filhos conservam os haveres em commum e escolhem novo chefe, que nos grandes dias preside ao conselho com os outros paes de familia.» Nem sempre o que succede ao chefe é o mais velho: é aquelle dos irmãos que parece mais capaz de bem administrar os interesses communs ².

Sob o imperio do antigo direito das tribus germanicas, também não eram usadas as partilhas. O dominio da familia era administrado pelo mais velho, com quem os irmãos ficavam de ordinario associados. Tacito, referindo-se a uma tribu especial, diz que só os cavallos deixavam de passar ao mais velho para irem ao mais valoroso dos filhos ³.

Guy de Coquille, jurisconsulto do direito costumeiro francez, referindo-se ás *familias* e *fraternidades* da Edade Media, justifica o regime da comunidade nellas seguido, dizendo que a experiencia mostrava que as partilhas eram a ruina das casas de aldeã. Nestas associações familiares, os associados escolhiam um chefe, o *mayor*, para administrar e contractar, e uma mulher, a *mayorissa*, para dirigir o *ménage* ⁴.

Assim, vê-se pelo exemplo de differentes povos que no grau de civilisação em que a unidade social é a familia, os bens patrimoniaes não são partilhados á morte do ascendente commum; a

¹ *Anc. Droit.*, pagg. 216 e 226.

² Laveleye, *obr. cit.*, pagg. 202 e 203.

³ Cap. XXXII; vej. Laveleye, pag. 95; *Anc. Droit.*, pag. 216.

⁴ Laveleye, pagg. 229 e 230.

unidade do grupo conserva-se pelo gozo collectivo do patrimonio indiviso, deferindo-se a chefatura umas vezes segundo o principio da eleição, mais vezes segundo o da primogenitura, apparecendo tambem vestigios de preferencia pelo filho mais novo, costume talvez originado no facto de sairem da familia os de mais idade, e de ser o mais novo o que, á morte do chefe, se achava, de ordinario, sujeito ao patrio poder ¹.

A supremacia, em regra, pertence ao primogenito. Elle é o filho *gerado para o cumprimento do dever*, como se lhe chama nas leis de Manu, onde se diz que «elle toma posse do patrimonio inteiro, e seus irmãos vivem sob a sua auctoridade, como viviam sob a de seu pae». Na China «o primeiro dever do homem é servir seus paes; o segundo, attender as advertencias de seu irmão mais velho» ². Não se julgue, porem, que a supremacia reconhecida geralmente ao primogenito equivalha a um direito exclusivo sobre os bens da successão; elle tem o governo do grupo dos agnados e a intendencia suprema da casa, mas não pode, por isso, dizer-se que a propriedade seja sua ³.

93. As mulheres apparecem, de ordinario, expressamente excluidas da successão, ou com direitos successorios restrictos, o que bem mostra quanto repugnava a este regimen a partilha da propriedade.

A mulher, embora estivesse na familia, era *naturalmente* destinada a sair de lá pelo casamento, e a passar a outro grupo. Por isso providencias especiaes se referem á mulher denegando-lhe direitos successorios que não poderiam ser desfructados sem um desmembramento dos haveres da commuidade.

Na India, na Grecia e Italia primitivas, entre os germanos, nas commuidades de familia francezas da Edade Media e nas dos slavos meridionaes, as mulheres, em regra, não herdam. Só têm direito a uma parte dos moveis, a um dote. Nos codigos de ori-

¹ Maine, *Instit. Primit.*, pag. 276; Cornulier-Lucinière, *Études sur le Droit de Tester*, tom. 1.º, pag. 365.

² Lucinière, *obr. cit.*, pagg. 364 e 365; sr. Oliveira Martins, *Inst. Prim.*, pag. 52.

³ *Anc. Droit.*, pag. 225.

gem germanica, como já na Índia, as mulheres não têm certos direitos successorios, senão á falta de herdeiros varões. Exceptua-se o *Codigo Wisigothico*¹.

Em Roma a *Lei das XII Taboas* não poz nenhuma restricção á capacidade das mulheres para receberem por successão², o que não admira, visto que, segundo pensamos, esta lei corresponde, na evolução da propriedade, a uma phase adeantada em que tem desaparecido a organização collectivista ou o regimen da posse em commum, pois que os haveres domesticos são já divisiveis, ficando apenas vestigios da communidade familiar nas relações juridicas do *pater-familias* com os descendentes collocados sem intermedio sob o seu poder³. A procedencia de um antepassado commum tem perdido o seu valor como circumstancia determinante de associações de familia, sendo então o poder paterno em exercicio a força unica de cohesão dos gremios familiares. Como origem de direitos, as simples relações naturaes não tardarão a emparelhar com as ligações de agrupamento, e, se não nos enganamos, a liberdade de testar é reconhecida precisamente como meio de dar satisfação ás novas tendencias, permittindo-se por ella chamar ás vantagens da successão os consanguineos que se consideravam existindo *fóra da familia*, como eram os filhos emancipados e os descendentes pelas mulheres⁴.

Mais de dois seculos e meio, porem, depois da promulgação das *XII Taboas* a lei *Voconia* declarou as mulheres incapazes para serem instituidas por herdeiras, lei promulgada a esforços do velho Catão, e, interpretando-a pelo seu espirito, os prudentes entenderam das successões testamentarias ás successões *ab intestato* a exclusão das mulheres em relação á herança dos agnados, menos dos irmãos consanguineos. É um facto de atavismo, sendo verdade, como é inteiramente provavel, que no direito primitivo de Roma existiu essa exclusão que geralmente se observa nas comunidades de familia.

¹ Liv. IV, tit. II, lei 1.ª e 9.ª; vej. *Memor. de Litter. Portug.*, tom. 6.º, pag. 313, nota (303); Laveleye, *De la Propriété*, pag. 172 e segg. e 199.

² § 3.º I. 3, 2.

³ *Supra* n.º 29.

⁴ *Supra* n.ºs 13 e 90.

94. Assim as normas jurídicas d'esta organização convergem num intento: manter a indivisão da propriedade e a unidade da casa; perpetuar identico esse pequeno mundo domestico, centro de união e de força, forma visivel da solidariedade das gerações. Esse lar, um pelas tradições; esse templo, um pelo culto; esse campo consagrado pelas cinzas dos avós—como se hão de dividir? Dividir é desfigurar. A casa é a imagem que fica do morto. É a sua obra, a sua criação. É o tribunal onde julgou, o altar em que fez sacrificios, o campo que lavrou e fertilisou, e onde dormem os seus restos. Dividil-a é mutilar essa memoria veneranda, é espalhar essas cinzas ao vento.

O pensamento de conservar a familia e de não deixar interromper a celebração dos *sacra* generalisara nas sociedades antigas o uso da adopção e fizera apparecer em Roma o testamento, dois meios pelos quaes, á falta de parentes proximos ou remotos, se chamava um extranho para manter o fogo no lar e continuar as ceremonias e sacrificios no templo domestico, emfim para sustentar a vida d'esse ser moral, cuja perpetuidade era como a immortalidade dos mortos.

«Ai da casa onde o lume se extinguiu! O altar *morto* é a familia extincta, a condemnação das almas-penadas dos avós» ¹.

«O testamento e a adopção alteram egualmente a descendencia natural da familia; mas são evidentemente processos para impedir a interrupção total d'essa descendencia, quando *não ha parentes* para continual-a. Dos dois expedientes, a adopção, a criação de um parentesco facticio, é o unico que se apresentou ao espirito da maior parte das sociedades primitivas» ².

«Aquelle a quem a natureza não deu filhos — dizem as *Leis de Manu* — pode adoptar um, para que as ceremonias funebres não cessem» ³.

«Não ha homem que, sabendo que tem de morrer, cuide tão pouco de si proprio, que deixe a sua familia sem descendentes, porque ninguem haveria então para lhe prestar o culto devido aos mortos» ⁴.

¹ Sr. Oliveira Martins, *obr. cit.*, pagg. 41 e 42.

² *Anc. Droit*, pag. 184.

³ *Leis de Manu*, IX, 10.

⁴ Iseu, VII, 30, 32 — cit. por Cornulier-Lucinière, tom. 1.º, pag. 378.

O testamento dava um possuidor á casa vaga, um continuador á familia extincta. Prendendo ao extremo da cadêa partida o extremo de uma serie indefinida de novos elos, assegurava um futuro a esse passado, a cujos restos continuaria vinculada a memoria dos mortos, vivificada em cada dia nas praticas cultuaes da gratidão e da saudade. Era assim uma criação do sentimento profundo da immortalidade. A *casa* possuida na indivisão, e pois *viva e identica*, tanto bastava para dar o ante-goço de uma vaga existencia perpetua ao homem, que naturalmente considera o que possui e o serve nas necessidades da vida, como uma parte do seu proprio ser.

95. Sob o imperio de idéas d'esta ordem e com uma organização social tal como a que acabamos de descrever a largos traços, na qual preponderava o pensamento da indivisão do *dominio* e da associação dos membros da familia para possuil-o, — comprehende-se que a instituição testamentaria se regesse por principios de uma natureza particular, inteiramente inadequados á funcção que mais tarde veio a desempenhar o testamento.

D'entre esses principios os que passaram para os tempos historicos apparecem ligados ao testamento plebeu ou *per aes et libram*, que sobrenadou ás transformações da sociedade romana, e veio, modificando-se, até á ultima phase do direito quirritario. E não é indifferente esta circumstancia, porque era precisamente na classe plebêa que a integridade e unidade do patrimonio de cada familia podia sempre manter-se atravez do movimento successorio, no periodo de collectivismo familiar. Com effeito, não conhecendo os plebeus esses parentes remotos, verdadeiros ou suppostos que, distribuidos em familias diversas, compunham para os patricios a corporação da *gens*, correspondente á cohorte dos *primos* da fidalguia dos tempos modernos¹, e que gozavam de direitos successorios á falta de agnados, nunca a herança devida por força da lei aos parentes saía da associação familiar, formada pelos *descendentes* e pelos *agnados*.

O habito d'esta indivisão, mantida indefinidamente na successão

¹ *Vos solos gentem habere* — diziam mais tarde amargamente os oradores populares aos orgulhosos patricios. — *Tit. Liv.* 10, 8. —Vej. *supra* n.º 6.

legítima, devia naturalmente dictar as leis da successão testamentaria; o pensamento da conservação do patrimonio integro e uno devia reflectir-se nos principios reguladores do testamento.

Um d'estes principios devia pois estabelecer a necessidade de dispor o testador de todo o seu patrimonio; por quanto, testando apenas de parte, ao passo que á familia do herdeiro testamentario tocaria a porção testada, o remanescente tomaria destino diverso; e d'ahi a partilha.

Como consequencia de semelhante principio vem o caracter da *herança* no direito romano. Ou fosse *ab intestato*, ou testamentaria, ella era essencialmente uma *universitas juris*, isto é, o conjuncto dos direitos e encargos de uma pessoa determinada, a personalidade legal do defuncto, como diz Maine ¹.

Instituir herdeiro era nomear a pessoa ou o grupo de pessoas para quem havia de passar, á morte do testador, aquella universalidade, e que havia de adaptar-se, por que assim o digamos, a mascara juridica do morto. A instituição de herdeiro, assim entendida, constituia a essencia do testamento.

Para manter, com a successão testamentaria, numa epocha de puro collectivismo familiar, a indivisão do *dominio* ou do patrimonio, era mister não só dispor integralmente d'elle no testamento, mas evitar que essa integral disposição tornasse necessaria a partilha, a qual teria de fazer-se sempre que a nomeação beneficiasse um grupo de coherdeiros pertencendo a associações familiares diversas e não havendo assim de possuir em *commum*. É certo que em parte nenhuma das leis romanas conhecidas se prohibe instituir varios coherdeiros ligados, ou não, entre si pelos laços de corporação familiar. Tal liberdade, porem, destoava inteiramente do pensamento predominante da epocha em que estamos collocados, epocha que, como deixamos advertido, deve ter precedido a publicação do velho codigo romano. A *unidade de herdeiro testamentario* assignala-se ainda na linguagem muito depois de haver desaparecido o principio. Era a *um amico* que o testador transferia a sua familia, isto é, o seu patrimonio ². Gaio

¹ *Anc. Droit*, pag. 173.

² *amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat.*
— *Gau Comm. II*, § 102.

e Ulpiano não falam de *emptores familiae*, mas de um só adquirente — *familiae emptor*¹, que mais tarde foi substituído na solemnidade mancipatoria por um figurante extranho á instituição², e no testamento honorario por uma das testemunhas³.

Em resumo, o testamento não era um instrumento de divisão e distribuição de bens, mas um meio de passar toda a casa do moribundo para o poder de um individuo, ou, antes, de uma familia, representada por um chefe, a qual a possuísse em *commum* e indivisa.

D'aquí deriva o principio da absoluta e total incompatibilidade entre dois testamentos, — principio conservado archaicamente no direito romano posterior. Com uma organização social diversa e no regime de divisão da massa hereditaria comprehende-se bem a coexistencia, com effeitos juridicos, de dois ou mais actos testamentarios. Ainda mesmo que o primeiro contivesse a disposição de todo o patrimonio do testador, não repugna admittir que os posteriores o revogassem em parte, de modo que, completando-se, formassem todos uma instituição universal, como se foram um testamento unico. Aquelle principio pois está por si indicando que lhe deu origem um modo de ser social diverso do regimen de propriedade, durante o qual o encontramos ainda em vigor, constituindo um verdadeiro problema da historia juridica. Suppondo, porem, a organização a que nos temos referido, afigura-se-nos que tudo se esclarece. Se o effeito de um testamento era a transferencia de toda a massa hereditaria para um individuo como chefe e representante de uma corporação familiar que a possuiria em *commum*, um testamento posterior ou teria por fim beneficiar a mesma corporação, ou uma corporação diversa. No primeiro caso a nova instituição seria inutil. No segundo, ou ella se havia de limitar a uma parte da herança, o que daria em resultado a necessidade da partilha entre duas familias, contrariamente ao pensamento que supponmos dominar por então o direito testamentario; ou havia de abranger a totalidade da mesma herança, unica hypothese admissivel, e então forçosamente o primeiro testamento

¹ *Comm. cit.*, §§ 103, 104, 105 e 106; *Ex Corpor.* Ulp. tit. 20, § 2.º e segg.

² *Comm. cit.*, § 104; vej. *supra* n.º 6 e 20.

³ § 2.º I. 2, 10.

perdia toda a efficacia. D'onde a regra, agora comprehensivel, que ninguem podia fallecer com mais de um testamento ¹.

Resumindo: do collectivismo familiar derivaram para o direito testamentario dois principios fundamentaes, que sobreviveram áquelle regimen da propriedade: 1.º a chamada regra *Testatus* ², que se traduz pela necessidade de instituição de herdeiro, *cabeça e fundamento de todo o testamento* ³; 2.º unidade de testamento ou ruptura total do testamento anterior pelo posterior ⁴.

96. Fóra da constituição social collectivista, estes principios são absolutamente enigmaticos.

E assim não admira que fossem havidos por absurdos e fundados em razões soberanamente ineptas e stultas, como severamente se exprime o nosso grande juriconsulto Mello Freire, falando da regra *Testatus*, sem duvida indigna, como elle diz, de figurar entre os principios juridicos dos tempos modernos ⁵.

O legislador de 1769, que na carta de lei de 18 de agosto d'esse anno se referira ás leis romanas como a leis «de uns gentios que nos seus principios moraes e civis foram muitas vezes perturbados e corrompidos», diz no preambulo da citada lei de 9 de setembro que «entre os legisladores primitivos foram os romanos aquelles que unicamente conceberam a supersticiosa e lucrosa idéa, com que persuadiram que era ignominia morrer sem testamento para (debaixo dos pretextos d'esta supposta ignominia, e do outro de fazerem obsequio ás leis Papias em odio do celibato) permittirem até aos paes testarem com prejuizo dos proprios filhos, como tambem lhes facultaram vendel-os e matal-os; sendo igualmente certo que os referidos dous pretextos constituiram os falsos fundamentos de todas as outras maximas, que estabeleceram; que a herança fosse individua; que represente a pessoa do defuncto depois de não ter alguma existencia; que se não podesse morrer em parte testado, em parte in-

¹ Vej. *supra* n.º 43 e 44.

² *Supra* n.º 89.

³ § 34 I. 2, 20.

⁴ § 2.º I. 2, 17.

⁵ *Inst. Jur. Civ. Lusit.*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 32, nota.

testado, e as outras semelhantes ficções, que por vulgar systema têm pugnado no foro contencioso, etc.»

97. As consequencias legitimas d'esta doutrina, cujas maximas fundamentaes foram consideradas pelos jurisconsultos, educados em novos principios, como subsistentes ainda depois da promulgação do decreto de 17 de julho de 1778, a que já nos referimos ¹, foram primeiramente formuladas por Mello Freire, que escreveu o titulo *de Testamentis* no rigor do espirito das leis pombalinas ².

Vamos conhecer a alta importancia d'essas consequencias, que constituem uma nova orientação da jurisprudencia, por onde se inicia o periodo do direito testamentario moderno.

¹ *Supra* n.º 90.

² C. da Rocha, *Inst. de Dir. Civ. Port.*, cit. nota FF, pag. 736 da 5.ª edição.

SECÇÃO 3.^a

Consequencias

SUMMARIO

98. A alta funcção critica de Mello Freire no direito testamentario portuguez. — 99. Primeira consequencia: desaparece a incompatibilidade existente entre a successão testamentaria e a successão legitima. — 100. Segunda: sobre a instituição *ad diem* ou *ex die*. — 101. Terceira: sobre a instituição limitada — 102. Quarta: não é ja da essencia do testamento a instituição de herdeiro. A disposição testamentaria pode comprehender só legados, e em legados pode o testador distribuir todos os seus bens — 103. Quinta: o codicillo condemnado a desaparecer. — 104. Outros principios sobre *caducidade* e *revogação*.

98. Interpretando genuinamente o pensamento revolucionario, e escudado na auctoridade do reformador arrojado, que concebeu o extraordinario projecto de transformar, pela sua acção poderosa, as condições de vida social de uma nação tristemente decahida e atrophada, — Mello Freire, que desempenhou, no direito portuguez, a alta funcção critica e destruidora, como lhe chamava Bacon, a qual tocou em todos os tempos, nos periodos de transição, ao espirito *metaphysico* em relação ás instituições condemnadas a morrer por se tornarem incompatíveis com os novos estados sociaes, — Mello Freire, diziamos, secundando, dentro da esphera juridica, o grande movimento intellectual europeu, tão cheio de nobres audacias contra as instituições enervantes do passado, encontra na independencia do seu espirito culto liberdade bastante para tratar como criação humana esse incomparavel direito quiritario, accommodado todavia a uma diversa civilisação, o qual até então fôra, com lastimavel indiscernimento, recebido pura e simplesmente, e venerado como se houvesse cahido do ceu ¹.

¹ jus romanum, tamquam si foret e caelo delapsum, in omnium ore, honore, et superstitiosa quadam veneratione habebatur. — *Obra e logar citados.*

Antepondo-lhe sempre as leis e costumes da nação, tão deploravelmente esquecidos, a revezes, por uma jurisprudencia inepta, e submettendo-o severamente á prova d'essa *Boa Razão*, recommendada nas velhas ordenações do reino ¹ e definida na lei de 18 de agosto de 1769, elle reduzia-o ao seu valor legitimo.

Mas, interpretando as proprias leis patrias que tinham visivelmente uma origem romana, pelo espirito do seu tempo, fazia mais: servia benemeritamente a causa da revolução juridica ².

99. A proscricção da velha maxima *Testatus*, expressamente referida, como vimos, no preambulo da lei de 9 de setembro de 1769, era um facto fundamental.

Mello Freire, considerando que este diploma legislativo, apesar de suspenso na maior parte das suas disposições, devia ser tido ainda em grande ponderação ³, tanto mais que os axiomas juridicos nelle condemnados não eram conformes á simplicidade do direito natural e á boa razão, condição necessaria da sua acceitação segundo a lei em vigor de 18 de agosto d'aquelle anno e as ordenações philippina e manuelina, — rejeita essa pretendida incompatibilidade natural entre as duas especies de successão, testamentaria e *ab intestato*.

Esta opinião, embora confirmada pelo uso moderno das nações ⁴, tinha contra si, além do argumento de que o preambulo da lei de 1769 só podia gozar de auctoridade moral, a letra expressa das Ordenações vigentes, segundo as quaes se concedia por privilegio aos soldados que morressem em parte com testamento e em parte *ab intestato* ⁵, affirmando-se por esta forma a regra em contrario, ensinada pelos reinicolas ⁶. Mello, porem, julga preciso, para completa improcedencia da sua doutrina, que

¹ *Ord.*, liv. 3.º, tit. 64, pr.

² eaque (ordinatio) nostro huic saeculo, hodiernis moribus, et praesenti rerum statui, quantum fieri potest, adcommodanda. — *Ibid.*

³ magni semper facienda est. — *Log. cit.*

⁴ Lobão, *Collecção de Dissert. Juridico-praticas* (supplemento ás *Notas a Mello*), pag. 336.

⁵ *Ord.*, liv. 4.º, tit. 83, § 3.º

⁶ nec fieri potest, ut quis decedat pro parte testatus et pro parte intestatus, seclusis privilegiis — dizia, entre outros, o jesuita Francisco Pigneiro, *Tractatus de Testamentis*, disp. 3, sect. 1, n. 7.

as Ordenações houvessem expressamente aprovado a contraria, e insiste, por outro lado, na absoluta necessidade de accommodar, quanto possível, pela exegese juridica, as antigas leis ao character e costumes da epocha; alem d'isto contrapõe ao citado trecho exemplos de successão, simultaneamente testamentaria e legitima, extrahidos das mesmas Ordenações, como é, nomeadamente, o de um extranho receber por testamento a *terça* e aos filhos do testador passar *ab intestato a legitima* ¹.

Firmada a nova doutrina, conforme a qual não repugna o concurso á mesma herança de successores testamentarios com successores legitimos, é facil vêr até onde se extendem os seus legitimos consecrarios. Vejamos os principaes.

100. Do principio tradicional que declarava repugnantes entre si a successão testamentaria com a successão *ab intestato* os juriconsultos romanos haviam deduzido, não só a incompatibilidade *simultanea*, mas tambem a *successiva*. Nem o successor legitimo podia concorrer com o nomeado para a posse simultanea de porções diversas do mesmo patrimonio, nem precedel-o ou succeder-lhe na posse do mesmo quantitativo da herança, posse temporariamente limitada no seu começo ou no seu termo. Equivale a dizer que não podia haver herdeiro instituido até um tempo certo ou para depois de tempo certo (*ad diem, ex die*). Taes designações de tempo reputavam-se não escriptas. Porquanto, de outro modo, o testador morreria, com effeito, testado para uma epocha, mas intestado para outra.

Esta doutrina, e pelos mesmos fundamentos, era ensinada entre nós ².

Mello Freire, fundado na carencia de auctoridade e de importancia da regra *Testatus*, logicamente a rejeita, sendo seguido pela corrente dos grandes juriconsultos posteriores ³, da qual se

¹ *Ord. Philipp.*, liv. 4.º, tit. 82, pr.; *Aff.*, liv. 4.º, tit. 97, § 2.º; Mello, *log cit.*

² *Pinh. de Testamentis*, disp. 3, sect. 10, n. 279; Ribeiro Netto, *Commentaria ad Jus Civile*, liv. 2, tit. 9, n. 2 e segg.

³ Mell., *obr. cit.*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 32; Gouv. Pinto, *Trat. de Testam. e Succ.*, cap. 19; Corrêa Telles, *Dig Port.*, liv. 3.º, art. 1542. No art. 1540 diz este juriconsulto: «Pois não é opposto á boa razão que a mesma pessoa falleça em parte testado, e em outra parte intestado», acrescentando em

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 definiu 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. *cu.* §, 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.

Em quanto a successão testamentaria tinha necessariamente por objecto o *universum jus* constitutivo da personalidade juridica do testador, é evidente que não havia testamento senão quando o acto dispositivo transmittia essa universalidade de direitos e encargos annexos, á pessoa ou pessoas nomeadas. Os juriconsultos romanos consideraram a *formula da instituição* de herdeiro, embora esta fosse manifestamente restricta e parcial, como o equivalente de uma instituição universal, todas as vezes que este accrescimento de direitos era indispensavel para salvar o testamento; o que era um injustificado favor á causa testamentaria.

Mas, desde que se podia fallecer apenas testado em parte, que importava que esta parte fosse uma quota da herança em geral, sem determinação de valor ou de objecto, ou, ao contrario, se limitasse a objectos ou valores determinados? isto é, que necessidade havia de que o individuo nomeado em testamento ficasse *coherdeiro* com os successores legitimos, antes que simples *legatario*?

Monta o mesmo que dizer que a instituição de herdeiro deixava naturalmente de ser da essencia do testamento, quer nós consideremos, á romana, a herança testamentaria como uma universalidade juridica, quer, no sentido moderno, como podendo ser uma quota parte d'essa universalidade, constituída por toda a massa hereditaria, susceptivel de dividir-se entre successores legitimos e successores nomeados.

Pode dizer-se que para a simples nomeação de legatarios lá estava o codicillo, mas tal consideração o mais que prova é que o codicillo era, desde este momento, inutil. Seria mesmo absurdo que se podessem deixar por codicillo legados importantes, e que para a instituição numa quota minima de herança, sem os accrescimentos legaes que havia em Roma, se fizessem mister as solemnidades testamentarias.

O pensamento das Ordenações era evidentemente que neste ponto fosse observado o direito romano. Revela-o já sufficientemente o considerarem como privilegio dos soldados a facultade de morrer o testador intestado em parte ¹, e de um modo explicito

¹ Liv. 4.º, tit. 83, § 3.º

a definição de codicillo, concebida assim: «Codicillo é uma disposição de ultima vontade *sem instituição de herdeiro*. E por isso se chama codicillo, ou cedula, por diminuição, que quer dizer — pequeno testamento, quando uma pessoa dispõe de alguma cousa, que se faça depois de sua morte, sem tratar nelle de directamente instituir, ou desherdar a algum, *como se faz nos testamentos*»¹. O proprio C. da Rocha reconhece que o systema romano foi seguido pelas Ordenações².

Na conformidade d'elle escreveram os nossos antigos praxistas e os auctores de tratados especiaes³. E não discordava tambem a antiga pratica de julgar, de que dá noticia Valasco⁴.

Tirada a questão do campo legal, a ausencia do criterio historico deixava os tratadistas confundidos na pesquisa das razões theoricas que tornavam essencial no testamento a instituição de herdeiro⁵.

No empenho de demonstrar que as proprias Ordenações reconheciam a validade de testamentos em que não havia instituição de herdeiro, invocavam alguns o exemplo do liv. 4.^o, tit. 82, pr., em que se dava effeito ao testamento do pae que, sabendo ter filhos, apenas dispozesse da terça⁶. Este argumento já parecia

¹ *Ord.*, liv. 4.^o, tit. 86, pr.

² *Obr. cit.*, § 693, nota.

³ Valasco, *Consulta 68*, n. 2, diz: «... satis est, verissimum esse, etiam jure regio requiri institutionem heredis, ut testamentum valeat»; — Netto, *Commentaria*, liv. 1, tit. 6, n. 1; Pinheiro, *De Testam.*, disp. 3, sect. 2, n. 14 e segg., sect. 4, § 3, n. 77 e segg.

⁴ *Log. cit.*; Lobão a Mello, *Diss. VIII*, § 8.

⁵ O conego Ribeiro Netto aponta esta, que registamos como curiosidade: «o testamento é uma justa sentença, isto é, totalmente perfeita e completa, e tal se não dirá, se faltar a instituição de herdeiro». Depois de reproduzila diz Lobão: «Se esta razão é adequada, discorram os criticos; outra não encontro nos DD. theoreticos», acrescentando adeante: «Reconheço frivolas as razões de ser nullo o testamento sem instituição de herdeiro». — *Cit. Diss.*, §§ 4 e 10. — O mesmo Netto, aventurando-se em regiões mais remontadas, para onde o provoca Scalona, que em leituras de Aristoteles descobriu que a instituição de herdeiro não constituia a *forma* do testamento, sob pena de haver dois testamentos, quando no mesmo acto apparecesse uma duplice instituição (como no caso de uma substituição pupillar), do mesmo modo que haveria dois homens no corpo em que existissem duas almas, — debate-se num scholasticismo declamatorio, em que o deixaremos por agora. — *Cit. Comment.*, liv. 1, tit. 6.

⁶ Rocha, §§ 673 e 693, nota.

contraproducente a Valasco e Lobão, que o aproveitaram em favor do parecer contrario. Porquanto este caso é tratado pelas Ordenações como *excepcional*, conforme indicam as palavras: «posto que no testamento não sejam os filhos expressamente instituidos ou desherdados» «e assi devem ser havidos por instituidos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento»¹.

Os juriconsultos, porem, da eschola de Mello treplicavam que o fundamento d'esta provisão legislativa, que era presumir-se instituição a favor dos filhos, procedia em todos os casos de testamento sem instituição expressa, nos quaes se presumiam instituidos os herdeiros legitimados², e assim proclamavam de direito patrio o principio *geral* da validade do testamento sem instituição, divergindo comtudo Lobão, que declara acquiescer áquelle *puro romanismo* em respeito á legislação patria em vigor³.

Mas a admissão da clausula codicillar *tacita* nos testamentos nullos por carencia de instituição, approximava da nova jurisprudencia a jurisprudencia fiel ao espirito das Ordenações. Corrêa Telles, em nota ao § 198 do *Manual do Tabellião*, publicado em 1819, dizia ainda: «A instituição de herdeiro é essencial do testamento neste sentido, que sem ella o testamento não é testamento, mas codicillo». Lobão, é verdade, rejeitava as clausulas subintendidas, exigindo clausula codicillar expressa no testamento, para que elle tivesse effeito como codicillo. Se o testamento, porem, que carecia da clausula, não tinha instituição, por que razão se lhe chamaria testamento e não codicillo? só pelo nome que lhe houvesse dado o testador? ou pela intervenção de mais e melhores testemunhas? Prejudicaria então o valor juridico do acto a circumstancia de ser feito por uma forma mais solemne e de ser pois mais digno de fê?⁴

Valer o testamento como codicillo era muito differente de valer

¹ Valasco diz: *Et sic manifeste lex Regia insinuat, extra illum casum, necessariam esse heredis institutionem.* — *Cons.* 68, n. 2; vej. Lobão, cit. *Diss.*, § 7.

² Rocha, § 693, nota.

³ Mell. Fr., liv. 3.º, tit. 5.º, § 29; Gouv. Pnto, cap. 11; *Dig. Port.*, liv. 3.º, art. 1891; Rocha, *log. cit.*; Lobão, cit. *Diss.*, § 10.

⁴ Lobão, *Diss. cit.*, § 36.

como testamento, sob o imperio da regra *Testatus*, porquanto no ultimo caso era deferida *por elle* a *universitas juris* ou a totalidade da herança; no primeiro, não. O beneficio, neste caso, nada comprehendia alem do disposto no acto testamentario, *precisamente como queriam os impugnadores da mencionada regra*.

É pois evidente a aproximação das duas jurisprudencias, pela theoria da clausula codicillar tacita.

No exemplo tirado da *Ord.*, liv. 4.^o, tit. 82, pr., onde se reconhecem efeitos ao testamento do pae que, sabendo ter filhos, simplesmente dispozesse da terça, — exemplo adduzido por C. da Rocha como de testamento valido sem instituição ¹, com effeito não ha tal instituição, se nos collocarmos dentro do systema dos romanos e das nossas Ordenações, no qual a natureza da disposição era caracterisada, menos pela natureza dos direitos que conferia, que pela formula empregada pelo testador. Já vimos que havia em Roma *herdeiros* instituidos para *objectos determinados*, assim como havia antes de Justiniano *legatarios* beneficiados com uma *quota da herança* (n.^{os} 44, 55 e 66). A attribuição expressa da qualidade de herdeiro — eis a condição indispensavel para que instituição houvesse. Qualquer que fosse a natureza e extensão dos direitos que, segundo as declarações do testador, a nomeação comprehendesse, desde que este dava a alguem o nome de herdeiro, fazia um testamento com instituição e pois valido neste ponto, e, alem d'isto, habilitava a pessoa nomeada a reunir em si todos os direitos constitutivos da herança, caso houvesse sido instituida sem collega. Mas, em quanto faltasse no acto aquelle elemento, não obstante a liberdade que, por uma constituição de Constantino II, tinham os testadores para conferirem, por qualquer expressão sufficientemente clara, a mencionada prerogativa ², — não havia herdeiro directo e propriamente dicto; não havia, portanto, testamento.

Na realidade das cousas, porem, o tercenario é um herdeiro, tanto como o seria, se o testador dispozesse de todos os seus bens e direitos a favor de um grupo de três, para dividirem por equal.

¹ § 693, nota.

² L. 15 C., 6, 23.

Elle é *coherdeiro* com os successores legitimos, como nesta hypothese seria coherdeiro com os demais successores testamentarios.

Sendo isto assim, e fóra do systema das Ordenações, o chamamento á terça é uma verdadeira instituição de herdeiro ¹.

Já dissemos e repetimos agora que, nem tomada neste sentido, a instituição é essencial ao testamento no systema novo inaugurado pela legislação josephina. Tornou-se doutrina corrente que a disposição testamentaria podia comprehender só legados. Mello Freire recorria á historia para mostrar que tal doutrina era perfeitamente conforme aos antigos usos da nação ². Na falta de herdeiros testamentarios, os legados deviam ser pedidos aos legitimos ³.

Ensinou-se que os bens da successão podiam ser todos distribuidos em legados ⁴.

E até Lobão, que sustenta que a instituição de herdeiro no testamento é condição da sua validade, parece doutrinar que naquella hypothese fica satisfeito este requisito, opinando que a repartição dos bens do testador entre muitas pessoas, sem omissão de alguns, equivale a uma instituição expressa. Tal opinião é, porem, manifestamente erronea, sob pena de confundirmos as disposições a titulo universal com as disposições a titulo singular,

¹ Dizem os artigos 1565 e 1566 do *Dig. Port.*: «Ainda que o testador dê o nome de herdeiro a um, a quem deixa certa cousa, ou uma determinada quantia, nem por isso será herdeiro, mas legatario. — Tambem ainda que elle denomine legatario a um, a quem deixa uma quota parte da herança, ou de todos os bens, nem por isso será legatario, mas herdeiro responsavel á respectiva parte das dividas da herança». O artigo 1674 define assim a terça: «A terça é a terça parte dos moveis, immoveis, disponiveis, e direitos e acções, que o testador tiver no tempo da morte».

² Dissemos já que os nossos primitivos testamentos serviram antes para estabelecer legados, principalmente pios, e fideicommissos, que para sollemnes instituições de herdeiros (n.º 87). Mello e com elle Gouvêa Pinto lembram o testamento do conde Martinho Gil de Sousa, feito em 23 de novembro de 1350, que sómente constava de legados. — Mello Fr., liv. 3.º, tit. 5.º, § 29, e tit. 7.º, § 1.º; G. Pinto, cap. 11; vej. Lobão, cit. *Diss.* 8.ª, § 3.º

³ Rocha, § 711.

⁴ Nihil enim prohibet, quod quis multiplicibus legatis universa sua bona distribuat; et hanc dispositionem recte dicimus testamentum, heredes autem non recte vocamus eum, eosve, quos testator singulares sibi successores elegit, sed legatarios. — Mell. Fr., § 29. — vej. C. da Rocha, § 693.

como muito bem adverte Mello Freire ¹. Nem o successor com direito a bens determinados é herdeiro, nem o conjuncto de todos os bens do testador constitue a universalidade juridica que se chama herança. A quem tocariam então os direitos e acções não comprehendidas na repartição? As pessoas nomeadas não, porque o preenchimento do beneficio em cousas determinadas exclue qualquer ampliação. Só um *successor universal*, individual ou collectivo, tem direito ao residuo que houver, depois de satisfeitos os legados, como observa C. da Rocha ².

103. Por influencia dos novos principios que orientaram os nossos jurisconsultos que escreveram neste seculo, os codicillos eram condemnados a desaparecer, como de facto desapareceram desde que começou em vigor o *Codigo Civil*. Todo o acto pelo qual alguem disponha, para depois da sua morte, de todos ou de parte dos proprios bens, é desde então um testamento ³.

Uma vez que a instituição de herdeiro deixava de ser elemento

¹ *Log. cit.*

² *Obr. cit.*, § 693. — Neste ponto não poderíamos fazer melhor do que transcrever as palavras do sr. Dias Ferreira, em nota aos artigos 1794 e 1795 do *Codigo Civil*. Eis o que diz o illustre juriconsulto: «Porem ainda distribuida a herança em legados não pode deixar de haver herdeiro. O direito hereditario pertencerá neste caso aos herdeiros legitimos, porque a successão *in universum jus* repugna á determinação de parte da herança. Por exemplo, o testador que tem 4:000\$000 réis, e deixa a 4 individuos, a cada um 1:000\$000 réis, distribuiu a herança em legados, mas os direitos eventuaes não foram deferidos aos legatarios. A herança defere-se neste caso em virtude da lei. Os herdeiros são os legitimos. Se caducar algum legado, passa aos herdeiros legitimos. Se houver de reclamar-se algum direito, não mencionado na distribuição dos legados, e que fosse mesmo desconhecido do testador, os interessados são os herdeiros legitimos. A acção para annullar contractos feitos pelo testador, como de venda de bens de raiz sem outorga da mulher, ou sem o previo pagamento da contribuição de registro, pertence aos herdeiros legitimos do testador, etc. Os legatarios não podem aspirar a mais do que á somma ou cousa determinada que lhes pertenceu no testamento. Portanto não é essencial haver herdeiro para a validade do testamento, mas é essencial haver herdeiro para a transmigração completa da personalidade juridica do auctor da herança, salvo se o testador determinar que todo o remanescente da herança, ou qualquer direito eventual, que de futuro appareça, acresça aos legatarios, mas nesta especie são os legatarios, assim contemplados, verdadeiros herdeiros». — A doutrina de Lobão encontra-se no § 31 da cit. *Diss.* 8.^a

³ *Cod. Civ.*, art. 1739.

essencial do testamento, qual era, faltando ella, a differença característica entre o testamento e o codicillo? As solemnidades? Mas por que não poderia um codicillo satisfazer ás condições de forma estabelecidas para o testamento, se isso não o tornava senão mais digno de fé? Todas as vezes que a jurisprudencia pretendeu firmar a distincção em base differente da instituição, como tinham de fazer aquelles que no testamento, carecido d'este requisito, exigiam a *clausula codicillar expressa*, para que elle valesse na qualidade de codicillo, — tornou-se confusa, arbitraria, fluctuante. Lobão quer que a distincção se faça á vista das circumstancias ¹. Mas noutro lugar põe como regra que, se uma disposição contem só legados ou fideicommissos particulares, é codicillo, *ainda que se chamassem sete testemunhas* ².

Alargando-se agora a funcção do testamento de tal modo que elle se tornou instrumento juridicamente adequado a todas as *nuances* da vontade testamentaria, que razões de conveniencia aconselhariam ainda a conservação dos codicillos? A menor importancia dos direitos susceptiveis de transferir-se por uma disposição codicillar? Não. Embora ficasse privativa do testamento a instituição de herdeiro, a falta de limitação legal na constituição de legados ou de quaesquer disposições singulares e a independencia em que, segundo a nova jurisprudencia, taes disposições ficavam da adição pelo herdeiro, levantavam, quanto a importancia, o codicillo á altura do testamento.

101. Vejamos agora as consequencias que se referem á *caducidade* e á *revogação* de testamentos.

Os romanos chamavam *destitutum* ao testamento que hoje cha-

¹ *Notas a Mello, Diss. 8.ª, § 36.*

² *Nota* ao § 56 do tit. 5.º, liv. 3.º — Já antes do *Codigo* dizia o illustre Coelho da Rocha: «Nós podemos dizer o que escrevia Voet *ad Pand.*, L. 29, tit. 7, n. 5. — *Nostros mores quod attinet, jura codicillorum cum juribus testamentorum confusa fere sunt.* Admittido o principio de que nos testamentos não é essencial a instituição (§ 193), ficam confundidas estas duas especies de disposições: e como pela legislação moderna, sobretudo pelo *Ass.* de 10 de junho de 1817, estão especialmente fixadas as solemnidades dos testamentos, sem ahi se exceptuarem os codicillos: a omissão de qualquer d'ellas põe em risco a disposição, quer appareça com o nome de testamento, quer com o de codicillo». — § 729, nota.

mamos caduco (n.º 68). Ainda sob esta denominação é definido por Mello e Gouvêa Pinto ¹.

A infirmação por *destituição* inutilisava todo o testamento; tanto a instituição de herdeiro, como as demais disposições. Faltando o herdeiro por morrer, por não querer ou por não poder adir a herança, não havia successão testamentaria.

É evidente a razão. Os legados são desmembramentos da *universitas juris* hereditaria, a qual, ainda assim, era, em rigor, transferida ao herdeiro, que havia de adir a herança e satisfazê-los. Vindo a faltar o herdeiro testamentario, o legitimo occupava o seu lugar; ora a este não podia o testador dar ordens, isto é, impor legados, sob pena de fallecer em parte testado e noutra parte intestado. Os fideicommissos constituídos em codicillo eram, é verdade, compatíveis com a successão legitima (n.º 49), mas tal compatibilidade veio da epocha em que tanto os fideicommissos, como o instrumento respectivo, não tinham valor juridico algum, e só criavam deveres moraes; eram recommendações precativas, em vez de disposições propriamente dictas. Estas só tinham logar em testamento, e, como testamentarias, não podiam subsistir, quando a herança tinha de deferir-se por virtude da lei, porque então teriamos successão ao mesmo tempo *ab intestato* e testamentaria, o que não podia ser.

Desapparecendo, porem, esta repugnancia juridica, era de razão que os testamentos se cumprissem na parte não invalidada pela destituição, e que os legados fossem postos a coberto das contingencias que podessem affectar a efficacia da nomeação de herdeiro.

Era por esta doutrina que coherentemente pugnava Mello Freire, posto que reconhecesse que não tinha apoio legal nem mesmo no direito romano novo. «Eu, apesar de tudo — diz elle —, intendo que do testamento destituido por não existir o herdeiro, ou por não querer ou não poder adir a herança, se devem os legados» ².

¹ Mell., § 54; Pinto, cap. 27.

² Liv. e tit. citt., § 54. — No mesmo sentido diz Gouvêa Pinto: «E note-se que o testamento por esta destituição e desamparo não fica totalmente nullo, porque os legados devem ser cumpridos pelos herdeiros legitimos, se os extranhos a não quizessem adir; e, se os legitimos se abstiverem da he-

Se se deviam os legados, não obstante a caducidade do testamento em relação ao herdeiro; se os direitos dos legatarios se tornavam independentes da adição da herança, — inuteis e sem razão de ser ficavam esses meios engenhosos pelos quaes em Roma se procurou assegurar aquelle acto do herdeiro, no intuito de obviar a que a sua abstenção prejudicasse outras pessoas e reduzisse á completa inanidade as vontades testamentarias. A lei *Falcidia*, a respeito de legados, e pela mesma razão os *senatus-consultos* relativos a fideicommissos perdiam todo o seu valor no direito testamentario.

Eis pois outra consequencia em que a jurisprudencia nova devia afastar-se da antiga, rejeitando nesta parte os romanismos recebidos entre nós. Com effeito, o jurisconsulto Mello, no titulo dos legados e fideicommissos, declara de nenhuma auctoridade no direito portuguez a *Falcidia*, ponderando que nem é já de interesse publico o uso dos testamentos, nem o favor ao herdeiro deve ir alem da vontade expressa do testador; que este ultimo nem colhe utilidade na deducção da *Falcidia* nem padece injuria pela destituição do testamento. Emfim, os legatarios tambem nada têm a lucrar já com aquella deducção, porque, passando a herança, por falta de adição, aos herdeiros *ab intestato*, não são estes menos obrigados a prestar os legados. É para notar-se ainda que nem temos lei escripta que admitta a *Falcidia*, nem a auctorisam os costumes; muito menos a opinião de escriptores que, em vez de commentarem o direito patrio, fizeram tratados de direito romano e canonico, como se um e o outro houvessem sido irrestrictamente recebidos entre nós.

Estas considerações applica-as, por equal, Mello Freire ao *senatusconsulto Trebelliano*, concluindo por dizer que seria para desejar que uma lei proscivesse o uso d'estas importações de Roma ¹.

rança, então devem ir os legatarios perante o juiz competente requerel-os», acrescentando que, embora seja livre a cada um renunciar a instituição, ainda mesmo que lhe seja vantajosa, nunca esta renuncia pode prejudicar os legatarios — cap. 17, nota. — Vej. ainda Lobão, *nota* áquelle § de Mello; *Dig. Port.*, artt. 1561 e 1889; Rocha, § 725; *Cod. Civ.*, art. 1759.

¹ Liv. 3.º, tit. 7.º, §§ 21 e 22. — Gouv. Pinto refere-se expressamente tambem ao *senatusconsulto Pegasiano* e á legislacção justinianea neste as-

D'esta maneira os principios de direito moderno invadem tambem esse emmaranhado capitulo dos legados e fideicommissos, onde, á falta de leis patrias, imperara soberanamente até então o direito subsidiario.

Por direito romano não só a successão testamentaria era necessariamente successão *in universum jus*, mas ainda tal successão devia abrir-se por força de um *unico* acto testamentario. Não só não soffria divisão a massa hereditaria entre successores *ab intestato* e successores nomeados, mas nem sequer podia dividir-se pelos ultimos, quando nomeados por testamentos diversos.

Vimos atraz a ordem de idéas e de factos em que provavelmente tiveram origem estes axiomas de direito testamentario, que se resumem em dizer que *a instituição de herdeiro, como facto que habilitava um successor in universum jus, era essencial, não só á successão testamentaria, mas a cada testamento.*

D'onde resultava não poder o testador fallecer com mais de um, e ser o anterior necessaria e totalmente revogado pelo posterior.

Este principio era corrente entre nós ¹.

Mas, desde que o direito romano fôra nesta parte desauthorizado, perdendo a instituição de successor universal a sua importancia como condição impreterivel da successão testamentaria, e tornando-se valido o testamento com disposição parcial de qualquer natureza, carecia de fundamento o principio da unidade de acto testamentario, não se descobrindo por que fosse mister que o testador tomasse de uma só vez a porção que desejava testar, em vez de a tomar por partes e em diferentes momentos. A successão testamentaria podia, pois, em boa logica, abrir-se por diversos instrumentos de ultima vontade, emquanto elles fos-

sumpto, cap. 35, nota a pag. 182 da 3.^a ed. — Corr. Telles, no *Dig. Port.*, art. 1562, nota, diz: «A quarta Falcidia e Trebellianica caíram em desuso entre nós. Lobão, *Suppl. as Acç. Summ.*, diss. 9.^a, tentou resuscital-as, mas nem um só aresto achou que apoiasse a sua tentativa». — Vej. ainda Rocha, § 693, nota.

¹ Eis as palavras de Rubeiro Netto: «*Utrumque autem valere nequit, cum unus unum tantum fit testamentum, eo quod testamentum universam hereditatem contineat, extra autem universitatem nihil esse possit*». — *Commentaria*, liv. 1, tit. 13, n. 1. — Vej. Pinheiro, *de Testamentis*, disp. 6, sect. 2, § 2.

sem conciliáveis entre si pelos *termos e espirito* das suas disposições, unica origem racional de incompatibilidades, criterio exclusivo da revogação por testamento, a qual deixava de operar-se *ipso jure*.

Eis pois um novo e importante resultado da moderna orientação da jurisprudencia portugueza sobre os principios fundamentaes do direito testamentario; resultado — diga-se a verdade — de que a propria jurisprudencia romana se havia aproximado pela memoravel influencia equitativa do fideicommisso nos principios de direito stricto.

Com effeito, vimos já que, todas as vezes que a instituição no testamento posterior fosse restricta, considerava-se, sim, revogado o mais antigo, e a herança transferida integralmente ao novo herdeiro, mas este presumia-se rogado a restituir fideicommissariamente ao escripto no anterior instrumento essa herança que elle perdera, feita a deducção do montante da instituição recente ou da quarta Pegasiana, se o testador exprimisse o desejo de conservar a efficacia ás suas primeiras disposições (n.º 44). Isto que era senão reconhecer a necessidade de alterar os velhos principios e de reconstruir esta parte do direito por uma forma mais sensata?

Não obstante a melhoria da doutrina, que era, demais d'isso, consequente com as bases acceitas e defendidas por Mello Freire, é certo que até Coelho da Rocha a não encontramos deduzida ¹.

Foi este distinctissimo cultor da historia e do direito nacional, gloria da Universidade, que lhe deu foros de cidade, dizendo (§ 724): «O testador pode até á sua morte revogar, ou alterar o seu testamento em todo, ou em parte: 1.º por meio de outro testamento posterior, *valido e legal*; muito embora seja dos privilegiados. Se o anterior não é neste expressamente revogado, sómente o fica sendo na parte, em que dispõe o contrario, etc.», e accrescentando em nota: «Por direito romano §§ 2 e 3, *Inst. quib. mod. testam. inf.*, o segundo testamento, ainda que nelle sómente se dispozesse de cousa certa, revogava *in totum* o pri-

¹ Mell. Fr., liv. 3.º, tit. 5.º, § 49; Gouv. Pinto, cap. 24; Lobão, *Not. a Mello*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 49, n. 4. — Corr. Telles, que parece perfilhal-a, abona-se todavia com logares das *Institutas, Dig. Port.*, art. 1874 e nota.

meiro, se o testador o não resalvava: o mesmo se encontra no *Cod. da Austr.*, art. 713. Porém o *Cod. Civ. Fr.* determina, que, se o primeiro não é expressamente revogado, só o seja nas disposições contrárias, ou incompatíveis. *Esta decisão vae coherente com o principio de que a instituição do herdeiro não é essencial: e por isso a adoptamos».*

Adoptou-a igualmente o *Codigo Civil*, corpo do direito civil contemporaneo, até onde a evolução juridica nos conduz ¹.

¹ Art. 1756.

SEGUNDA PARTE

DOCTRINA DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

CAPITULO PRIMEIRO

Da faculdade de revogar

SUMMARIO

105. Principio fundamental. — 106. Das *clausulas derogatorias*. — 107. Todo o testamento pode sempre ser livremente revogado? — 108. Tudo no testamento é revogavel? Do reconhecimento de filhos illegitimos. — 109. De outros reconhecimentos.

105. Diz o artigo 1754 do nosso *Codigo Civil*: «O testamento pode ser livremente revogado, no todo ou em parte, pelo testador, que não pode renunciar este direito».

Este artigo, que é, com insignificante differença na redacção, o artigo 1886 do projecto primitivo, consagra o principio fundamental em direito testamentario, de que a vontade é essencialmente mudavel até o momento em que ella opera a transmissão da herança, ou em que a morte do testador a fixa em vontade *ultima*. Até então o testamento é, por sua natureza, um projecto, que, como tal, não cria direitos; a revogação não é pois um acto retroactivo, ella tambem não passa de novo projecto, que pode ainda não ser definitivo. Só quando o obscuro poder da morte lhe põe emfim a sancção, é que elle se converte em lei da herança.

Esta regra da revogabilidade, regra eminentemente salutar,

como a qualifica Demolombe ¹, porque defende o testador contra as resoluções irreflectidas e contra os manejos empregados porventura para extorquir a liberalidade, restituindo á vontade essa soberania momentaneamente subjugada por um movimento apaixonado ou por uma poderosa influencia extranha, esta regra passou do direito romano para todos os codigos modernos (n.º 43).

O direito de revogar assegura-o a lei contra os meios violentos ou dolosos que possam embaraçar o seu exercicio ², e até contra os compromissos imprudentes tomados pelo testador, que não têm valor juridico, quando involvam renuncia do mesmo direito ³.

106. Mas, se o testador não pode renunciar a faculdade de revogar o seu testamento, poderá pelo menos obrigar-se sobre o modo de usar d'ella, no intuito de firmar os direitos futuros dos herdeiros e legatarios escriptos, não contra uma nova vontade sincera e reflectida, mas contra um acto de fragilidade e timidez? Terão alguma importancia no direito do *Codigo* as chamadas *clausulas derogatorias*, geralmente proscriptas pela legislação civil dos povos modernos, mas que gozaram de tão alto favor na antiga jurisprudencia? ⁴

Primeiramente, que eram essas clausulas? Segundo a definição de Pothier, eram declarações que o testador fazia no testamento, de que queria que todos os que elle fizesse de futuro, contendo alguma cousa contra ou alem do contido naquelle, não fossem validos, se nelles se não encontrasse tal sentença ou tal formalidade, como — se não fossem sellados com o sello das suas armas ⁵. O nosso Ribeiro Netto, a pretexto de derramar luz no assumpto, offerece-nos a seguinte: *Sed ut materia haec recte explicetur, adverto clausulam derogatoriam esse quandam protestationem voluntatis, qua, is qui protestatur, in sequentibus actibus contrariis*

¹ *Traité des Donat. entre-vifs et des Testaments*, tom. 5.º, n.º 122.

² *Cod. Civ.*, art. 1782.

³ *Cod. Civ.*, art. 1754 e 40.

⁴ Ribeiro Netto destaca d'entre os doutores juristas um só que rejeita a theoria das *clausulas derogatorias*, e lamenta a sua cegueira sobre doutrina de tão luminosa evidencia: »quamvis Anton. Faber fevibus fundamentis, et infeliciter, hanc juris veritatem neget». — *Citt. Comment.*, liv. 1, tit. 14, n. 1.

⁵ *Des Donat. Testam.*, cap. VI, secç. II, § 3.

voluntatem sibi defecere profitetur; et e converso consensum deliberatum in priori actu habuisse ¹.

Expondo, porem, o fim de taes clausulas, esclareceremos a sua natureza.

Eram ellas empregadas pelos testadores que receavam ser, de futuro, compellidos a testar novamente por pressão que sobre o seu animo exercesse qualquer influencia extranha; mas, verosimilmente, o seu uso começou por industria dos herdeiros, que naturalmente se empenhavam em segurar o beneficio, pondo-o ao abrigo das alternativas da vontade.

Os juristas começaram a fazer distincções de clausulas e formas de revogação, com o pensamento de reconhecer sómente aquellas que conservassem ao testador a faculdade de revogar o testamento, e que visassem a defender os direitos dos primeiros herdeiros, dos effeitos de novas disposições dictadas pela timidez ². Nestas condições eram ellas encomiadas pelos antigos juristas ³, e até entre os modernos encontraram defesa ⁴. Longe de se considerarem restrictivas da liberdade de testar, eram sustentadas pela jurisprudencia precisamente como a salvaguarda d'essa liberdade. Eis o que neste sentido diz o tratadista Pinheiro: «Nem isto (a adopção das clausulas) briga com a natureza e liberdade do testamento, antes a favorece, porquanto por esta clausula o testador não se priva da faculdade de pôr de parte o primeiro testamento para fazer outro valido, visto que sempre lhe fica livre fazer segundo testamento com derogação d'aquella clausula, e por outro lado, pela apposição d'ella, occorre ao perigo da coacção,

¹ Liv. e tit. citt., n. 2.

² Vej. Netto, liv. 1, tit. 14, n. 2.

³ Pinheiro acha razoavel a doutrina corrente sobre clausulas derogatorias «quia saepe merito timent testatores, ne postea importunis suasionibus propinquorum inviti compellantur facere aliud testamentum; et ideo ut sibi consulant, et primum testamentum vigeat, non obstante quovis alio posteriore, prudenter in ipso primo testamento dictam clausulam apponunt; per quam antecedenter declarant se nolle, ut posteriora testamenta valeant, nisi sufficienter manifestent se recedere a prima voluntate, in qua dicta clausula est apposita.

⁴ «Não deixam de ter alguma equidade no (unico quanto a mim) caso em que o testador, testando livremente, teme ser depois suggerido e atacado por algumas pessoas para testar a favor d'ellas, e, não o fazendo, cair na sua indignação, desprezo etc.» — Lobão, *Notas a Mello*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 49.

que poderia impedir a liberdade de testar e de fallecer com o primeiro testamento»¹.

Distinguiam-se commummente três ordens de clausulas derogatorias: *potestatis*, *solemnitatis* e *voluntatis*. Pelas da primeira ordem renunciava-se o poder de fazer outro testamento, como quando se dizia: «Abdico a faculdade de revogar estas disposições.» Pelas da segunda rejeitavam-se as solemnidades legaes ou preassignavam-se solemnidades especiaes para a revogação, caso viesse a realizar-se, como se se declarava que nenhum posterior testamento valeria senão quando feito sem testemunhas ou quando assignado pelo testador na presença de dez testemunhas. Emfim, as clausulas diziam-se *voluntatis*, quando o testador se limitava a exprimir a sua vontade actual de que não sortisse effeitos qualquer testamento que ulteriormente fizesse.

As da primeira e segunda ordem — ensinava-se — não eram juridicas, porque nem podia alguém privar-se da faculdade de testar, nem era dado preterir as solemnidades legaes ou introduzil-as novas no testamento². As da terceira eram validas. Mas é facil de ver que estas eram tanto ou mais injuridicas que as clausulas rejeitadas, equivalendo-lhes ou sendo ainda mais restrictivas do poder de testar. Denegar effeitos a qualquer testamento posterior, outra cousa não é que abdicar a faculdade de fazer novo testamento-efficaz, peor ainda que apertar o exercicio d'esta faculdade dentro de condições determinadas, embora illegaes.

As clausulas *voluntatis*, que se reputavam validas, podiam ser ainda *per verba generalia* e *per verba specialia*. Exemplo da primeira especie: «Não quero que valha qualquer outro testamento meu, se algum fizer»; da segunda: «Não valerá qualquer outro testamento meu, se no principio ou no fim não apparecer escripta a saudação angelica³. São estas ultimas que Pothier define e que eram usadas em França⁴. O testador declarava a *senha* que havia de ser reproduzida no segundo testamento para que elle devesse considerar-se como expressão de uma vontade sincera e deliberada.

¹ *De Testamentis*, disp. 6, sect. 2, § 2, n. 17.

² Netto, liv. 1, tit. 14, nn. 3 e 4; Pinheiro, disp. 6, sect. 2, § 2, n. 18.

³ Netto, *log. cit.*, n. 5; Pinh., n. 19.

⁴ Vej. Demolombe, *obr. e tom. cit.*, n.º 123.

Entre nós eram recebidas tanto as do primeiro modo, como as do segundo, e, conforme a doutrina dos juristas, a liberdade do testador ficava sempre salva: porque, se a clausula era *per verba generalia*, era susceptível de revogar-se; se *per verba specialia*, era, ao mesmo tempo, susceptível de revogar-se e fácil de cumprir-se. Na revogação das clausulas e no cumprimento das da segunda especie viam elles a garantia da sinceridade das disposições posteriores. Por isso não valiam estas disposições por não invalidarem o primeiro testamento com clausula apposta, se á revogação d'este testamento não accrescesse a *revogação especial* da clausula ou o cumprimento da clausula *per verba specialia*. Assim distinguiam revogação *geral* (simples revogação dos testamentos anteriores), revogação *especial* (revogação dos testamentos, e referencia indeterminada a qualquer clausula derogatoria que nelles apparecesse) e revogação *in individuo* (revogação dos testamentos e referencia especificada a uma clausula concebida em taes termos). A primeira era insufficiente; a terceira era dispensavel. Se a primeira bastasse para a invalidação do testamento, qual seria então o prestimo da clausula derogatoria nelle escripta? Se a terceira fosse exigida, estaria o testador privado do poder de revogar, sempre que não tivesse meio de recordar os termos da clausula derogatoria. Ainda pois que esta fosse *per verba specialia*, não era necessaria a revogação *in individuo*: bastava a chamada revogação *especial* em termos de mostrar no revogante a intenção de comprehender as clausulas que houvesse escripto, sem excepção de alguma, como dizendo-se: *non obstante quocumque alio testamento per me facto, quaecumque verba derogatoria habente, quacumque forma concepta, etiam si hic forent transcribenda*.

Tal é o systema das *clausulas derogatorias*, em que procurámos pôr a simplicidade e clareza, que elle não tem nos indigestos tratados do direito antigo ¹.

A revogação da clausula derogatoria ou o cumprimento da condição, quando ella era condicional, requeria-se para que sortisse

¹ Sobre tudo isto consulte-se Netto, cit. liv. 4, tit. 14; Pinheiro, cit. disp. 6, sect. 2, § 2, n. 17 e segg.

effeito a revogação das disposições a que a mesma clausula servia de segurança, havendo-se então as disposições novas como producto de um acto livre ou de uma sincera mudança de vontade. A execução das solemnidades legaes no acto revogatorio não bastava para estabelecer, contra a clausula, a presumpção da regularidade d'esse acto sob o ponto de vista da voluntariedade, mas os tratadistas concordavam em que circumstancias de certa ordem podiam dar d'esta voluntariedade certificado tão attendivel como a propria revogação da clausula ou a presença do signal nella prefixado.

Na apreciação de taes circumstancias, capazes de supprir o indicio reclamado pela inserção da clausula derogatoria no primeiro testamento, a jurisprudencia lançava-se desastradamente no caminho ladeirento do arbitrio, para onde a arrastava já a distincção de casos em que certas clausulas derogatorias deviam reputar-se revogadas.

D'aqui devia resultar inevitavelmente o descrédito das clausulas derogatorias, expressamente abolidas nalgumas nações por artigos de lei. D'ellas diz Lobão: «É notavel o muito e que com distincções de casos tem escripto os DD. sobre esta materia. Porem as legislações modernas das nações, occorrendo a tanta variedade de opiniões e distincções, aboliram o uso de taes clausulas derogatorias» ¹. Um commentador francez nota que as decisões dos tribunaes e os auctores tinham por tanta maneira embrulhado a theoria das clausulas derogatorias com excepções, distincções e modificações, que ninguem podia já saber em que devia fixar-se. Era *um verdadeiro labyrintho* ². «Havia todavia um ponto — diz Demolombe — sobre que os jurisconsultos do nosso antigo direito se achavam de accordo; era, cousa notavel! em reconhecer que a clausula derogatoria contrariava os principios, e que se havia tornado uma fonte de contestações ruinsas para as familias» ³.

A Ordenança de Luiz XV, de 1735, no art. 76, aboliu estas clausulas nos seguintes termos: «Abrogeons l'usage des clauses

¹ *Not. a Mello*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 49.

² Bergier, cit. por Demolombe, n.º 423.

³ *Ibid.*

dérogatoires dans tous testaments, codiciles et dispositions à cause de mort; voulons que, à l'avenir, elles soient regardées comme nulles et de nul effet, en quelques termes qu'elles soient conçues.» Em alguns codigos encontramos igual providencia ¹. O *Austriaco* reconhece ainda as clausulas derogatorias, dizendo no art. 716: «A clausula apposta ao testamento ou ao codicillo, de que qualquer disposição posterior em geral ou não marcada com um determinado signal seja nulla ou de nenhum effeito, não tolhe ao testador a faculdade de mudar a sua ultima vontade. Se elle não houver, porem, na disposição posterior revogado expressamente a dicta clausula geral ou especial, manter-se-ha como valida, não a disposição posterior, mas a precedente». Nota comtudo um commentador d'este codigo, Gioachino Basevi, que, apesar d'esta clara determinação da lei, se havia sustentado no foro que uma disposição posterior feita com pleno conhecimento e prudencia infirmava o testamento anterior, embora não fosse revogada a clausula revogatoria. Que havia decisões favoraveis a esta doutrina, como havia outras em que a lei se mantinha em plena observancia ². Vê-se pois que onde as clausulas derogatorias se conservam ainda na lei, ahí mesmo a jurisprudencia tende a annullal-as.

Já acima dissemos qual era a utilidade que se procurava colher das clausulas derogatorias. Ellas eram o reducto dos timidos, dos que receavam ter de ceder ás violencias, ás ameaças, aos manejos variados da ambição; dos que nem encontravam na propria consciencia uma fonte de coragem, nem porventura nos tribunaes de

¹ Já Lobão citava o *Cod. Frederic.* e o *Cod. de Saboya*, cit. § 49. — Eis as palavras do art. 1683 do *Cod. da Luizian.*: «Les testaments sont révocables à la volonté du testateur jusqu'à son décès. Le testateur ne peut renoncer à ce droit de révocation ni s'obliger à ne l'exercer que sous certaines paroles ou expressions ou restrictions, et s'il le fait, une semblable clause sera censée non écrite». — «La renuncia à este derecho de revocacion — diz o projecto de cod. civ. hesp., art. 717 — es nula, así como la cláusula en que el testador se obliga a no usarlo sino bajo ciertas palabras, cláusulas ó restricciones». Por este artigo se revogava a lei 22, tit. 4, Partida 6, e se condemnava a abusiva pratica — observa Goyena — de inserir num testamento certas palavras como *sacramentaes*, sem cuja repetição no posterior não se intendia derogado o anterior.

² *Annotazioni Pratiche al Codice Civile Austriaco*, 6.^a ed., nota ao art. 716.

justiça protecção bastante, para atravessarem as contrariedades preparadas pela avidez, sem renegarem as suas affeições e os seus actos. Ellas eram o expediente da astucia. A astucia é a força dos fracos. A fraqueza, quando cae na cobardia, transforma-se em engenho. O maior poder brota da maior impotencia. Assim é que o homem, em presença da grande força esmagadora da Natureza, venceu-a por esse assombroso arдил que se chama Sciencia. A desigualdade na guerra criou a arte da guerra. Contra a arremetida brutal na linha recta, a defesa disfarçada na linha curva. Assim faz todo o animal. As clausulas derogatorias apparecem, no seu ultimo destino, como uma pequena revelação d'esse temivel poder zoologico, que, quando não subjuga, engana. No direito moderno os testamentos cerrados são ainda um dos innumeraveis recursos da natural dissimulação humana.

Nem por isso julgariamos aquellas clausulas menos legitimas á face da razão juridica, se com effeito ellas fossem, como se pretendia, a salvaguarda imprescindivel da liberdade dos testadores em risco de retirarem ao merito a justa recompensa para irem entregal-a nas mãos da cupidez espoliadora ¹. É de absoluta necessidade que o testamento represente sempre genuinamente a victoria da dedicação e da philantropia, unicos meios licitos de adquirir direito ás liberalidades de alguém.

Mas o que se pode affirmar, e que a observação confirmou, é que as clausulas não logravam o fim com que se legitimava o seu emprego. Toda a clausula derogatoria podia revogar-se, como vimos, e nessa revogação se pretendia encontrar o signal da espontaneidade e sinceridade das ultimas disposições; mas essa revogação, quaesquer que fossem os termos da clausula, podia fazer-se por uma referencia generica ás clausulas que o testador houvesse apposto a qualquer testamento anteriormente escripto. Os tratadistas são concordes em que não era necessaria a revogação *in individuo* ou a repetição da clausula no testamento novo, para que se houvesse como revogada, por mais especial que

¹ «Lo scopo della legge è evidentemente quello di dare al testatore che diffidi della propria fermezza e tema di cedere alle seduzioni e alle concusioni morali un modo di potere mantener saldo il suo proposito nell' ordinare il testamento». — Gioachino Basevi, *obr. cit.*, not. ao artigo 746.

a mesma clausula fosse, porque — acertadamente se dizia — era possível que o testador não podesse recordar a sua redacção para individualmente a revogar ¹.

Nisto está já o vicio de inconcludencia da theoria. Se não era mister a referencia especificada e individual a cada clausula que houvesse em testamento anterior ao revogatorio, mas bastava revogar de um modo geral as que apparecessem, — a mesma influencia que conseguisse do testador novas e involuntarias disposições, não lograria por egual que elle inserisse no instrumento d'essas disposições uma revogação em termos genericos de quaesquer clausulas derogatorias anteriores? Não podia dictar-lhe essa phrase de que porventura dependia a possível segurança do beneficio extorquido? Certamente, porque para isso não precisava de conhecer o conteudo dos testamentos revogandos, de que o proprio testador podia deixar de ter perfeita recordação, e nada havia a perder com essa formalidade, embora não existissem clausulas a revogar. O resultado seria apparecer a phrase em todos os testamentos, quer fosse escripta espontaneamente pelo testador, o que aconteceria tambem, quando os meios de captação empregados lhe houvessem, não só vencido, mas *convencido* o animo, quer fosse inserta unicamente para satisfazer exigencias d'essa influencia imperiosa que o arrastasse a novas disposições sem haver conseguido alterar as antigas sympathias.

Assim as clausulas derogatorias nada podiam contra os manejos da ambição, e, ao contrario, podiam muito em prejuizo de testamentos que genuinamente exprimiriam essa *suprema voluntas*, que as leis sómente acatam, — sempre que o esquecimento de uma phrase deixasse cahir sobre elles uma presumpção desconfiada.

Hoje, nem a revogação das clausulas derogatorias faz presumir o segundo testamento como celebrado em plena liberdade, se se não houverem cumprido as solemnidades que a lei manda observar, nem tão pouco a falta de tal revogação o faz presumir effeito de coacção. A violencia empregada para extorquil-o, an-

¹ Pinheiro, *log. cit.*, n. 24; Basevi, *Annotazioni Pratiche*, cit. nota ao art. 716 do *Cod. Austr.*; Demolombe, cit. n.º 423.

nulla-o, bem como a captação por dolo ou fraude ¹, mas é necessario que se provem. A presença de clausula derogatoria no testamento anterior e a falta de menção d'ella no posterior não estabelecem presumpção alguma contra a validade de um documento feito segundo a lei, e contra os seus effeitos revogatorios; simplesmente seriam circumstancias attendiveis na acção em que o testamento fosse atacado como acto de um espirito coacto, ao lado de outras circumstancias que em abono da mesma pretensão fossem invocadas ².

A lei quer de certo que o acto de testar seja um acto consciente e livre ³, mas, cumpridas as condições e solemnidades que ella estabelece, aquelles estados do espirito presumem-se, até que, na forma legal, esta presumpção seja destruida. A lei não torna mais difficil a mesma presumpção num segundo testamento, que no primeiro; porque não considera mais verosimil a vontade expressa neste, que a mudança de que aquelle é effeito, antes o legislador intende que a emenda das disposições testamentarias é muitas vezes justificada pelas occorrencias da vida e aconselhada por uma reflexão demorada. Assim, não estando em desconfiança contra os segundos testamentos, a lei civil estabelece um systema uniforme de solemnidades e condições para todos os testamentos da mesma especie, alterem ou não alterem disposições mais antigas. Taes condições legaes é que é mister que se cumpram, para que o testamento seja regular ⁴.

O direito que a lei reconhece em materia de revogação ao testador não pode ser por este renunciado; ora o direito que a lei reconhece ao testador é o de revogar *livremente* o testamento, como declara o artigo 1754; portanto este artigo condemna não só a renuncia ao direito de revogar, mas tambem as restricções que o testador se imponha quanto ao exercicio do mesmo direito. Neste sentido dispõe o *Codigo Civil Italiano*, artigo 916: *Non si può in qualsiasi forma rinunciare alla libertà di rivocare o cangiare le disposizioni fatte per testamento: ogni clausola o con-*

¹ *Cod. Civ.*, art. 1748.

² *Demol.*, cit. tom. 5.º, n.º 124.

³ *Cod. Civ.*, art. 1764, n.º 1.º e 3.º; 1748; 1913; 1922, n.º 6.º

⁴ *Cod. Civ.*, art. 1919, 1925, 1947 e 1960.

dizione contraria non ha effetto. E diz o commentario de Borda a este respeito: «L'articolo 916 conferma l'abolizione della cosi detta forense *clausola derogatoria* nei testamenti, come questa: *si fecero aliud testamentum, nolo valere*». Se o testador não pode limitar-se a liberdade de revogar o testamento, ella sómente soffre as limitações que lhe venham da mesma lei. Estas limitações são que a revogação só pode ser feita em outro testamento, com as solemnidades legais, ou por escriptura publica, ou pelo facto de haver o testador alienado, antes da sua morte, os objectos testados ¹. Portanto não é necessario fazer menção, no acto revogatorio, das clausulas derogatorias; basta *revogar o testamento*, quando o documento revogatorio fôr escriptura publica, porque, se fôr outro testamento, nem mesmo é necessario fazer menção do primeiro, para que a revogação se opere em relação ás disposições que neste forem contrarias ás novas vontades ².

Testando com intervenção de official publico ou celebrando escriptura publica de revogação, o testador faz um documento authenticico extra-official, que constitue prova plena, quanto á existencia do acto a que se refere, excepto naquillo em que possa involver offensa de direitos de terceiro que não fosse parte no mesmo acto ³. No caso da revogação, não ha direitos que possam ser offendidos, porque o testamento revogado não tem ainda conferido direitos sobre os bens do testador, direitos que só começariam á morte d'elle ⁴. Portanto o testamento revogatorio, publico ou cerrado, faz prova plena sobre a realidade da verificação feita pelo tabellião com as testemunhas,—de que o testador estava em seu perfeito juizo e livre de toda a coacção no momento de declarar a sua ultima vontade, ou de apresentar o testamento ao tabellião para ser approved, porque a lei quer que aquella verificação faça parte do acto a que se refere o instrumento ⁵, e que o tabellião porte por fé como tal formalidade foi cumprida ⁶. A mesma verificação, até onde ella é possivel, se pre-

¹ *Cod. Civ.*, art. 1755.

² *Cod. Civ.*, art. 1756.

³ *Cod. Civ.*, artt. 2422 e 2426.

⁴ *Cod. Civ.*, artt. 1739, 2, 1754 e 2011.

⁵ *Cod. Civ.*, artt. 1913 e 1922, n.º 5.º

⁶ *Cod. Civ.*, artt. 1918 e 1922.

sume haver sido feita no momento da celebração de escriptura publica revogatoria de testamento, porque, segundo as regras de direito, o consentimento e a liberdade são condições de todo o acto juridico. Sem ellas não ha convenção, outorga ou declaração attendivel. O tabellião, reproduzindo e authenticando a declaração revogatoria, como factio capaz de sortir effectos defensaveis nos tribunaes de justiça, e roborando a sua attestation com a menção das testemunhas presentes, faz presumir, com toda a fé devida ao official publico, que a mesma declaração foi prestada em condições de apparente integridade mental e isenção de coacção da parte do outorgante. De outra maneira o official publico prestar-se-hia conscientemente a ser instrumento da illegalidade e do crime, o que, sem provas, não é dado suppor ¹.

Todavia as apparencias podiam illudir o tabellião e as testemunhas. «O tabellião e as testemunhas — diz o sr. Dias Ferreira — podem attestar que na sua presença se exprimiua a parte com inteira liberdade, mas não podem attestar com a mesma segurança se ella veio fazer aquellas declarações ou disposições movida por ameaças ou reccios de mal futuro. A liberdade da vontade é um estado da alma, que nem sempre se revela aos sentidos externos: pode achar-se a parte debaixo de uma formidavel coacção sem o tabellião e as testemunhas darem por isso» ². É a razão por que não só a força probatoria ligada a um documento authenticico pode ser illidida por motivo de falsidade nas suas declarações, mas tambem, independentemente de declarações falsas, a presumpção que elle estabelece pode ser atacada pela prova de vicio no consentimento, vicio que o tabellião e as testemunhas não conheceriam ³.

¹ Vej. *Cod. Civ. Annot.*, pelo sr. conselheiro Dias Ferreira, nota aos artt. 2425 e 2426, 5.º vol., pag. 157.

² *Obr. cit.*, 5.º vol., pag. 156.

³ *Cod. Civ.*, artt. 2493; 2496, n.º 3.º; 2507 e 2508; *Cod. Civ. Annot.*, cit. 5.º vol., pag. 157. — Sobre os dois ultimos artigos discorre o sr. Dias Ferreira: «O documento, sem ser arguido de falso, pode ainda ser atacado por motivo de erro, dolo ou violencia, segundo os principios geraes de direito. É verdade que da confrontação dos artigos 2507 e 2508 parece resultar que a prova testemunhal só é admissivel contra os documentos authenticicos, sendo arguidos de falsidade, e não, sendo arguidos de erro, dolo ou violencia, aliás usaria o legislador no final do artigo 2507, dos mesmos termos com que fecha o artigo 2508. No entretanto é de tal maneira absurda a con-

Tal é o systema do *Codigo*, em que nenhum logar occupam as clausulas derogatorias, como meio preventivo e indicador da espontaneidade na revogação ¹.

107. Todo o testamento pode ser livremente revogado? Sim. Em regra o acto ordenado para depois da morte segundo as provisões do *Codigo Civil* é essencialmente sujeito á livre revogação ².

Mas pela praxe anterior ao *Codigo* eram admittidos os chamados *testamentos de mão commum*, em respeito aos quaes havia serias duvidas em materia de revogação e seus effeitos.

Eram estes testamentos ordinariamente usados entre marido e mulher ³, e tambem entre irmãos vivendo em commum ⁴, consistindo na disposição que duas ou mais pessoas, no mesmo acto, faziam de seus bens para depois da morte, ou em beneficio umas das outras, ou a favor de terceiro.

Tal modo de dispor foi prohibido de futuro pelo *Codigo*, mas continuaram efficazes, depois da sua vigencia, os testamentos de mão commum que tivessem data authentica ao tempo da promulgação d'elle, e não fossem revogados ⁵. Estes testamentos, já ordenados em harmonia com o direito estabelecido tanto em relação á forma de testar, como ás formalidades da sua celebração, foram, como actos perfeitos e consummados, com razão respeitados pelo *Codigo*. «É verdade que pode dizer-se que, não se tornando o testamento um acto irrevogavel senão pela morte do testador, e sendo a sua forma alterada por outra lei publicada entre a sua factura e a sua abertura, não deverá o testamento reputar-se valido, porque não tinha as formalidades legaes no momento em que havia de sortir seus effeitos. No entanto, como

clusão, que não podemos acceital-a sem contrariar todas as doutrinas do codigo sobre erro, dolo e violencia, e tanto mais que ella só se deduz por argumento a contrario sensu, sempre inacceptavel quando se oppõe aos principios».

¹ Vej. ainda sobre este assumpto Laurent, *Principes de Droit Civil*, tom. 41.º, n.º 175; *Cours Analytique de Code Napoléon*, par Demante, continué par E. Colmet de Santerre, tom. 4.º, n.º 181 bis II.

² Art. 1457, 1754.

³ Gam., *Dec.* 231; Rocha, § 727, nota.

⁴ *Cod. Civ. Annot.*, 3.º vol., pag. 221.

⁵ *Cod. Civ.*, art. 1753 e §, em harmonia com o art. 1762.

a forma dos actos juridicos, e por isso a dos testamentos, sómente pode ser regulada pela lei do tempo em que estes são celebrados, *tempus regit actum*, e como a reforma d'estes actos, em harmonia com as mudanças operadas por leis posteriores, alem de inutil e gravosa, se tornava em muitos casos impossivel, mostra-se que não deve a lei nova regular a forma dos testamentos anteriores»¹.

O *Codigo* quer que os testamentos de mão commum, feitos antes da sua promulgação e não abrangidos, portanto, na prohibição do artigo 1753, possam ser revogados, como é evidente do final do paragrapho: «e não forem revogados». Mas o que não foi resolvido e que era mais acaloradamente debatido no direito antigo, é que effeitos tem a revogação, por parte de um dos contestadores, para com as disposições do outro ou outros, escriptas no mesmo acto, ou quando e até que ponto o facto revogatorio de qualquer dos contestadores, infirmando as suas proprias disposições, acarreta a inefficacia, a titulo de revogação presumida, de outras disposições do testamento simultaneo.

As disposições feitas no mesmo acto «representavam — diz o sr. Dias Ferreira — menos a expressão da vontade individual do testador, do que a consequencia de um accordo entre os contestadores»². Aqui a origem das difficuldades.

Os testamentos de mão commum não eram expressamente autorisados pela lei, mas eram consagrados pela praxe. *Saepe hoc accidit* — diz Valasco —, *maxime inter virum et uxorem, ut ambo simul in eadem carta testentur, et inde plura dubia oriuntur*³. Assim consideravam-se legaes, como approvados pelo direito consuetudinario, consoante observa um illustre tencionante da relação de Lisboa sobre uma questão alli resolvida pelo accordão de 3 de junho de 1843⁴, se bem que não faltou quem opinasse que elles não deviam ser admittidos nos tribunaes⁵. Até o tempo de Mello Freire a *Consulta* 7.^a de Valasco era, entre nós e á falta de

¹ Sr. dr. Paiva Pitta, *Questões Transitorias do Direito Civil Portuguez*, pag. 247.

² *Obr. cit.*, 3.^o vol., pag. 221.

³ *Cons.* 7.^a

⁴ *Gaz. dos Trib.*, 2.^o anno, pag. 1064.

⁵ Vej. *Gaz. da Ass. dos Adv. de Lisb.*, 1.^o anno, pag. 267, onde se encontram as reflexões publicadas sobre este assumpto, pelo sr. Pinto de Mendonça, na revista juridica do Rio de Janeiro — *O Direito*.

legislação expressa sobre testamentos de mão *commum*, considerada por todos os praxistas como a séde capital da materia ¹.

Em Roma não eram conhecidos os testamentos de mão *commum*. Apenas aos soldados *ad discrimen praelii pergentes* foram permittidas instituições reciprocas. Uma constituição de Diocleciano e Maximiano, affirmando a regra applicavel aos paizanos de que as disposições, feitas entre duas pessoas, dos bens de cada uma a favor da sobrevivente eram prohibidas, dá, comtudo, effeitos, em attenção aos privilegios dos militares em materia de ultimas vontades, á convenção entre dois irmãos que partissem para o perigo *commum* dos combates, segundo a qual o sobrevivente herdaria tudo o que houvesse pertencido ao predefuncto ². De resto, em Roma eram reprovados todos os pactos sobre heranças.

Similhantes escrúpulos, porem, se não encontram já na legislação dos povos germanicos. Nomeadamente no *Codigo Wisigothico* confundem-se muitas vezes as regras dos contractos com as testamentarias, e acha-se noticia de escripturas que, pela sua similhaça com os testamentos, eram revogaveis, resultantes todavia de convenção entre duas pessoas com vistas de lucro reciproco, dando por isso a revogação d'ellas direito á restituição das cousas pagas pela parte a quem a mesma revogação prejudicasse. Aqui estava pois fundamentalmente a mesma doutrina que foi geralmente defendida entre nós a respeito de testamentos simultaneos com disposições corréspctivas. No mesmo codigo ainda se nos deparam as disposições reciprocas entre os conjuges, que foram tambem usadas na Allemanha antes da introdução do direito romano. Por onde se descobre a origem germanica dos testamentos reciprocos e corréspctivos, e dos pactos successorios que abundam nas cartas de doação e noutros documentos nossos desde o seculo XIII ³.

Para a solução das questões relativas á revogação dos testamentos de mão *commum*, apresentou Lobão, pela primeira vez entre nós, as distincções estabelecidas por Harprectro, *De Tes-*

¹ *Gaz. dos Trib.*, *ibid.*

² L. 19 C. 2, 3.

³ *Cod. Wis.*, liv. V, tit. II, lei 6.^a e liv. IV, tit. II, lei 19.^a; *Mem. de Litter. Port.*, tom. 6.^o, pag. 319; *Mell. Fr.*, liv. 3.^o, tit. 5.^o, § 36; Lobão, *Not. a Mell.*, dissert. 7.^a, §§ 1 e 2; *Gaz dos Trib.*, 30.^o anno, n.^o 4528.

tamentis Correspctivis, entre testamento *simultaneo, reciproco e correspctivo*.

Simultaneo diz-se o testamento que contem as disposições de duas ou mais pessoas. Este pode ser simplesmente simultaneo, e tambem reciproco ou correspctivo, ou conjunctamente reciproco e correspctivo. É reciproco, se os contestadores se instituem uns aos outros, em ordem a herdarem os sobreviventes dos predefunctos; é correspctivo, se a disposição de cada um, quer reciproca, quer em favor de terceiro, é determinada, *expressa* ou *presumidamente*, como em retribuição das disposições dos outros ¹. D'entre os numerosos exemplos de disposições correspctivas, que traz Lobão, escolhemos estes: 1.º «Se a mulher, tendo uma unica filha, a institua herdeira, e lhe substitua um filho do marido havido do seu primeiro matrimonio, com esta condição, se o marido instituindo o dicto seu filho substituir tambem a filha da testadora» ²: neste caso, se as disposições forem feitas pela mesma carta ou documento, são simultaneas e expressamente correspctivas. 2.º Se marido e mulher, testando pelo mesmo instrumento dos bens proprios e disponiveis em favor dos filhos communs, nomearem, por exemplo, aos varões os bens paternos e ás filhas os maternos, fazem um testamento simultaneo e presumivelmente correspctivo, mostrando-se que um dos contestadores não excluiria da sua propria disposição qualquer ou algum dos filhos contemplados pelo outro, se não visse a sorte d'esse filho bem assegurada pela disposição do seu conjuge ³. A hypothese mais usual, que já figurava Valasco e que foi por muita vez debatida nas questões do foro e da imprensa juridica, é a de instituição reciproca entre os conjuges com substituição a favor de um parente consanguineo de qualquer dos contestadores. Quando os termos da disposição o não exprimiam claramente, os indicios frequentemente faziam presumir, nesta hypothese, que o contestador que desejava beneficiar o parente não testaria a favor do seu conjuge, se previsse que elle, revogando a disposição relativa aos proprios bens, havia de chamar

¹ Lobão, *Not. a Mell.*, cit. diss., §§ 3 a 5 e 27 a 29; Rocha, § 727; *Gaz. da Ass. dos Adv.*, 1.º anno, pagg. 324 e 369; *Revista Juridica*, 2.º anno, pag. 160; *Rev. de Leg. e Jur.*, 1.º anno, pag. 106.

² *Loy. cit.*, § 6.

³ *Loy. cit.*, § 11.

á herança pessoa diversa da escolhida de *commun accordo*. Uma disposição pois havia determinado a outra, e nisto consistia a correspectividade. Quaes eram os effeitos d'esta especie de dependencia contractual entre as ultimas vontades dos contestadores? Podia o conjuge superstite revogar pela sua parte o testamento? Que consequencias tinha juridicamente esta revogação?

Eis o ponto que o proprio Valasco considera muito duvidoso *propter fraudem, quam conjux superstes videtur commisisse* ¹.

Podemos reduzir a três as opiniões sustentadas na jurisprudencia portugueza sobre a revogação de testamentos de mão commum, sendo duas d'ellas extremas e podendo considerar-se a outra como opinião media.

Partindo do principio de que o testamento simultaneo, quer em beneficio reciproco das pessoas que por elle dispõem, quer a favor de terceiro, representa, na realidade, tantos testamentos distinctos, quantos os contestadores, visto que, testando cada um por si, são outras tantas vontades que elle exprime ², — uma d'aquellas opiniões consiste em afirmar que cada um dos contestadores é livre para revogar as suas disposições, não obstante quaesquer ligações de correspectividade que tenham com disposições diversas insertas na mesma carta, tanto quando essa correspectividade é apenas presumida, como quando é manifestada por compromissos expressos dos mesmos contestadores ³.

Os que a sustentam fundam-se nas seguintes razões: 1.^a Os testamentos de mão commum não têm outra especialidade *juridica* que a de apparecerem num só papel ou escriptura as disposições de duas ou mais pessoas; de resto não gozam de privilegio algum nas leis patrias, não havendo pois motivo legal para que deixe de ser-lhes applicavel o principio fundamental de que todos os actos, que são ordenados para o tempo da morte, se podem mudar e revogar até á morte, segundo o estabelecido nas Ordenações do reino, que fazem os testamentos revogaveis *ad libitum* dos testadores, punindo qualquer opposição que neste

¹ *Cons.* 7.^a, n. 7.

² Valasco, *Cons.* 7.^a, n. 2; Lob., cit. *diss.* 7.^a, § 34; *Gaz. dos Trib.*, 2.^o anno, pag 406½; acc. do S. Tr. de J. de 21 de novembro de 1873, na *Gaz. da Ass. dos Adv. de Lisb.*, 1.^o anno, pag. 14½.

³ Lob. cit., §§ 43, 44 e 46; *Gaz. dos Trib.*, log. cit.

ponto se lhes faça ¹. 2.^a Accresce que no direito romano, onde não eram conhecidos os testamentos de mão commum, permittia-se, todavia, o pacto de successão reciproca entre os soldados que iam para a guerra, e é opinião commum dos interpretes que tal pacto valia *in vim ultimae voluntatis* e que portanto era revogavel ², em harmonia com o outro principio de que ninguem podia renunciar á livre faculdade de testar ou de mudar de testamento ³. Esta doutrina — dizia-se — era tanto mais accetivel no direito patrio, quanto o compromisso que entre si tomassem os contestadores de manterem sem alteração as respectivas disposições descambava em pacto successorio, e esta especie de pactos era reprovada na *Ord.*, liv. 4, tit. 70, §§ 3 e 4⁴. 3.^a Não obsta a consideração do engano feito pelo contestador revogante ao que haja sido fiel ao accordo, porque este devia saber que toda a convenção era insufficiente para alterar a natureza do acto e os direitos annexos que a lei não permite que se abduquem. Se foi enganado, a si o impute, que não devêra ignorar que é da natureza dos testamentos o serem revogaveis. Foi pois esse contestador que se enganou a si mesmo, não olhando á revogabilidade, que não devia perder de vista ⁵. O outro, revogando, fez o que a lei lhe permittia, e a consideração da fraude perde muito do seu valor, quando se attentar em que o direito de revogação era egual para todos os contestadores ⁶.

Outros jurisconsultos pronunciam-se pela irrevogabilidade do testamento correspectivo ⁷, sobretudo da parte do contestador sobrevivente que esteja desfructando o beneficio do predefuncto.

¹ *Ord.*, liv. 4, tit. 37, pr.; tit. 84, § 2.^o; — *Gaz. dos Trib.*, *ibid.* e 30.^o anno, n.^o 4528.

² Val., cit. *Consulta*, n. 7.

³ Val., *ibid.*

⁴ Tenção do digno juiz da relação de Lisboa, Alves de Sá, publicada na *Gaz. dos Trib.*, 2.^o anno, a pagg. 1034 e 1035.

⁵ Val., cit. *Cons.*, n. 7; *Gaz. dos Trib.*, *log. cit.*

⁶ Cit. *Gaz. dos Trib.* — Vej. respp. da *Ass. dos Adv. de Lisb.* em sess. de 18 de janeiro de 1843, na *Gaz. dos Trib.*, 7.^o anno, n.^o 869, pag. 3499; em sess. de 18 de fevereiro do mesmo anno, na mesma *Gaz.* e anno, n.^o 854, pag. 3439, e em sess. de 29 de junho de 1846, *Gaz. dos Trib.*, 11.^o anno, n.^o 1475; e ainda a resp. publicada no mesmo jornal, 30.^o anno, n.^o 4528; *Revista Juridica*, 2.^o anno, n.^o 66, pag. 160; Gouv. Pinto, *Trat. de Testam. e Success.*, cap. 24, pag. 137, nota.

⁷ Opinião do juiz de primeira instancia no pleito decidido na relação de

D'estes, pois, uns ligam-se rigorosamente á idéa de pacto, e tiram como consequencia a irrevogabilidade do testamento; outros miram só a evitar que o revogante tire lucro positivo da propria fraude. Mas uns e outros se accordam em reconhecer que o testamento correspectivo era um testamento de natureza particular, a que não tinham inteira applicação os principios da lei escripta sobre revogabilidade e sobre pactos successorios, quando era certo que esta especie nascera do direito consuetudinario, e que a jurisprudencia, a admittir taes testamentos, constituia-se na necessidade de attender ao espirito em que elles eram *usualmente* celebrados pelas pessoas de boa-fé. Diz-se que o testador defraudado não teria direito de queixar-se senão de si proprio por ignorar a lei, segundo a qual todos os testamentos são livremente revogaveis. Mas isto exactamente é que se discutia: o que se procurava averiguar era se, no direito escripto ou constituido pela praxe, havia alguma especie de testamentos excluidos da regra geral da revogabilidade. Aquelle modo de argumentar consistia em affirmar a revogabilidade de todos os testamentos para d'ahi deduzir a revogabilidade dos de mão commum; mas, se o que é duvidoso é precisamente a revogabilidade de todos os testamentos, que ha de aproveitavel no argumento? Certamente as Ordenações dizem que os testamentos são revogaveis sem restricção alguma, mas não é a praxe que acolhe os testamentos de mão commum? em que condições? Eis o que se pretendia fixar, e é claro que, se a jurisprudencia andava tão dividida sobre este ponto, não era para admirar que qualquer das partes testadoras pensasse, como muito boa gente, que os accordos d'aquella natureza deviam achar protecção nos tribunaes.

Qual era então, á falta de texto terminante, a resolução mais segura? bater a fraude e dar guarida á boa-fé. Taes eram os intuitos dos partidarios da segunda opinião ¹.

Lisboa pelo acc. de 3 de junho de 1843, *Gaz. dos Trib.*, 2.º anno, pag. 1064; *Rev. de Leg. e Jur.*, 1.º anno, pag. 363, onde se diz: «Pelo que respeita a questão, se o testamento de mão commum correspectivo pode ser ou não alterado pelo conjuge sobrevivente, parece-nos que este testamento, como tem a natureza de contracto não pode ser revogado por uma só das partes contractantes»; vej. Mell. Fr., liv. 3.º, tit. 5.º, § 49, nota.

¹ Na *Gaz. dos Trib.*, 30.º anno, n.º 4528, vêm publicadas as duvidas apre-

Emfim, se apparecesse um alvitre que conciliasse, em todos os casos, o principio da revogabilidade dos testamentos com o respeito devido ás convenções feitas em boa-fé e na confiança da protecção da justiça, esse se nos afiguraria o mais juridico. Tal conciliação parece logral-a a opinião media, que não pode resumir-se melhor que transcrevendo do livro 3.^o do *Dig. Port.* o artigo 1612, o qual diz: «Se o marido e mulher, depois da instituição reciproca, substituem por morte do sobrevivente a um terceiro: o conjuge sobrevivente, que depois de ter gozado os bens do predefuncto quizer mudar de vontade, deve repôr ao substituto as vantagens recebidas *ex vi* do testamento *commum*».

Esta opinião era já no tempo de Valasco apadrinhada por autoridades respeitaveis, se bem que elle afirma que a praxe era pela sua, e teve, depois de Valasco, muitos e distinctos propugnadores, entre os quaes Corrêa Telles, que imperou quasi exclusivamente no foro, como diz a redacção da *Gazeta dos Tribunaes*¹.

A mesma opinião desdobra-se nas seguintes considerações:

1.^a Todo o testamento é revogavel², e revogavel é sempre o testamento de mão *commum*³.

sentadas em sess. da *Ass. dos Adv. de Lisb.* pelo socio Alberto Garrido sobre esta questão. O sr. Garrido quer que com o principio da revogabilidade se allie outro — a *fé dos pactos*, muito principalmente quando o pactuante iludido já não possa retractar a liberalidade que a sua confiança o haja levado a fazer. Se o sobrevivente quera ter a liberdade de mudar de vontade, bem podia repudiar a herança do predefuncto; e pelas palavras «para o tempo da morte», empregadas pelas Ordenações, deve entender-se o da morte do testador que primeiro morre, porque a esse tempo principia o testamento a produzir effeitos. Alem de que a regra das Ordenações, como geral, deve applicar-se aos testamentos ordinarios e não áquelles que participam da natureza do contracto. Do direito romano é que veio o principio da revogabilidade, e não parece absolutamente juridico applicar-o a uma instituição de que não ha vestigio na legislação romana, e que nos veio dos povos do norte, na legislação e nos costumes dos quaes não é tão absoluto e inflexivel semelhante principio. — Vej. *Gaz. dos Trib.*, 21.^o anno, n.^o 3024; *Rev. de Leg. e Jur.*, 4.^o anno, pag. 621, onde o distincto advogado Mergulhão, que, não ha muito, deixou na jurisprudencia patria um logar difficil de preencher, expõe com muita lucidez estas diversas opiniões; — Lobão, *log. cit.*, § 10; Rocha, § 728.

¹ 7.^o anno, n.^o 869, pag. 3499; vej. da mesma *Gazeta* 20.^o anno, n.^o 2845; 21.^o anno, n.^o 3024; opinião do presidente da *Ass. dos Adv. de Lisb.*, na *Gaz.* da mesma *Ass.*, 4.^o anno, pag. 370; Lobão, *diss. cit.*, § 26.

² *Cod. Civ.*, art. 1754.

³ *Cod. Civ.*, art. 1753, § un. *in fin.*

2.^a O testamento simultaneo compõe-se de tantos testamentos parciaes, quantos os contestadores. Os testamentos parciaes podem ser entre si independentes ou ligar-se por forma que a efficacia de um seja condição da efficacia do outro. Estas relações de condicionalidade colhem-se de compromisso expresso ou das circumstancias.

3.^a Se um dos contestadores revogar o seu testamento *em vida do outro*, as disposições d'este ultimo infirmam-se na parte em que forem correspectivas com as disposições revogadas. Mas, como a correspectividade não se presume, e ao contrario tem de provar-se, porque a presumpção é que as ultimas vontades são dictadas pelo affecto ou pela gratidão, — o conhecimento que o contestador illudido haja tido da revogação, a tempo e em condições de elle proprio revogar tambem o seu testamento, e a omisão do acto revogatorio vêm a depor contra a correspectividade dos dois testamentos parciaes, se não foi manifestada em compromisso, ou, se o foi, indicarão renuncia aos efeitos da mesma correspectividade.

4.^a Se o contestador *sobrevivo* revogar o seu testamento, reputa-se revogado na parte correspectiva o testamento do predefuncto, como por effeito de condição resolutive. As vantagens que o revogante houver gozado em virtude das disposições correspectivas do seu contestador hão de ser deduzidas do beneficio retirado pelo acto revogatorio ao herdeiro escolhido em commum, de modo que a parte d'este lhe seja, quanto possivel, composta como se lhe houvesse sido transmittida directamente pelo testador predefuncto á sua morte. O valor d'essas vantagens representa para o mesmo herdeiro a compensação do beneficio que este testador lhe quizera assegurar por via do accordo rompido pela outra parte. É como o preço da nova herança que o predefuncto quizera adquirir-lhe. Concede-se ao testador que entregue a coisa a quem quizer, mas ha de entregal-a diminuida do preço por que a havia cedido, visto que o percebeu e consumiu. Se o valor das referidas vantagens fôr superior ao da liberalidade revogada, o herdeiro escolhido em commum não recebe mais que este ultimo, porque mais não receberia tambem, se revogação não houvesse.

D'esta maneira mantem-se na plenitude legal a liberdade de testar, e evita-se a locupletação á custa alhêa por meios fraudu-

lentos. Taes são os verdadeiros principios, salvo o respeito ás outras opiniões.

Quanto á jurisprudencia dos tribunaes, não ha nella mais uniformidade que nas revistas de direito e nos livros dos tratadistas¹.

Finalmente o projecto do *Codigo* prohibiu de futuro os testamentos de mão commum, e esta medida, longe de levantar opposição na commissão revisora, foi, ao contrario, logo approvada², e geralmente applaudida por ser aquella especie de testamentos uma anomalia juridica, incompativel com a boa-fé ou com a natureza dos testamentos, dando constantemente logar a suggestões e a demandas. Coherente com o pensamento de tornar independentes entre si todas as liberalidades revogaveis feitas por pessoas diversas, o *Codigo Civil* prohibe as doações entre conjuges no mesmo e unico acto, e annulla a disposição feita sob condição de que o herdeiro ou o legatario faça igualmente em seu testamento alguma disposição em favor do testador ou de terceiro³.

108. O testamento pode ser livremente revogado no todo ou em parte, diz o *Codigo Civil*. Mas sempre, com effeito, tudo o que se contem no testamento estará sujeito á revogação? Levantam-se graves duvidas na jurisprudencia sobre este ponto.

Não se contesta que o que constitue propriamente a parte dispositiva do testamento, isto é, o testamento no sentido rigoroso

¹ São pela irrevogabilidade o accordão da antiga *Casa da Supplicação*, de 23 de janeiro de 1776, publicado na *Gazeta dos Tribunaes*, 8.º anno, n.º 1111, e transcripto na *Rev. de Leg. e Jur.*, 1.º anno, pag. 363, accordão que mereceu á redacção d'aquella *Gazeta* o epitheto de «bello», — e o acc. do S. Tr. de J. de 21 de maio de 1838, referido na *Rev. de Leg.*, loc. cit. — São pela revogabilidade o acc. da rel. do Porto de 20 de janeiro de 1851, confirmando a sent. do juiz de dir. de Coimbra, de 22 de maio de 1850, *Gaz. dos Trib.*, 11.º anno, n.ºs 1475 e 1476; o acc. da rel. de Lisb. de 1 de maio de 1872, confirmado pelo S. Tr. de Just. em acc. de 21 de novembro de 1873, *Gaz. da Ass. dos Adv. de Lisb.*, 1.º anno, pag. 144, — e o acc. da rel. de Lisb. de 20 de outubro de 1873, *Rev. de Leg. e Jur.*, 15.º anno, pag. 43. — Vej. *Gaz. dos Trib.*, 2.º anno, pag. 1064 e segg., onde vem o acc. da rel. de Lisb. de 3 de junho de 1843 e a opinião de dois tencionantes identica á que ficou exposta em ultimo logar.

² *Prof. prim.*, art. 1885, *Actas das Sess. da Comm. Rev.*, pag. 267.

³ *Observações sobre o Proj. do Cod. Civ.*, pelo sr. dr. Joaquim José Paes da Silva, pag. 59; *Rev. de Leg. e Jur.*, 1.º anno, pag. 51; *Cod. Civ. Annot.*, tom. 3.º, pag. 221, *Cod. Civ. Port.*, art. 1180 e 1809; vej. *Cod. Civ. Fr.*, art. 968.

da definição legal do artigo 1739 do *Codigo*, seja plenamente revogavel. Mas pode haver no documento testamentario declarações de outra natureza, que, embora tenham como effeito conferir direitos sobre os bens do testador, não são disposições, mas afirmações de factos, os quaes, uma vez conhecidos por uma forma digna de fé, qual é a confissão da pessoa a quem impõem obrigações, devem — diz-se — produzir irrevogavelmente os resultados legaes, visto que a vontade do testador determinou-o, sim, á confissão, mas é impotente para destruir a realidade das cousas.

No caso d'aquellas afirmações está a perfilhação ou o reconhecimento de filho illegitimo, feito em testamento, como permite o artigo 123 do *Codigo Civil*.

A perfilhação por esta forma não será pois comprehendida na amplissima generalidade do artigo 1754? Esta questão debate-se no direito civil estrangeiro e entre nós, mas manda a verdade dizer que a nossa jurisprudencia colloca-se quasi unanimemente do lado da negativa.

Já por direito antigo o reconhecimento dos filhos illegitimos para os effeitos da sua legitimação tinha logar em testamento, e até era bastante que o pae os instituísse por herdeiros debaixo da condição de obterem a legitimação, a qual se completava com a respectiva carta ou alvará, expedido pela secretaria dos negocios do reino, precedendo certas diligencias que competiam ao administrador do concelho, por ordem do governador civil, nas quaes tinha de ouvir perfilhante e perfilhado e, sobre a filiação, os outros interessados, isto é, os que succederiam *ab intestato*, se não se verificasse a perfilhação. Esta perfilhação ou, como tambem se dizia, legitimação, correspondia entre nós á legitimação romana *per rescriptum principis*, e estendia-se até aos filhos *espurios*¹.

Actualmente a *perfilhação*, que differe da *legitimação*², e que é concedida com restricções relativas á qualidade dos filhos³ depende de espontaneo reconhecimento dos paes, ou de sentença

¹ C. da Rocha, §§ 297 e 298; *Rev. de Leg. e Jur.*, 2.º anno, pagg. 441 e 442.

² *Cod. Civ.*, artt. 119 e 122.

³ *Cit. art.* 122, 124 e 125.

obtida em acção de investigação da paternidade ou da maternidade illegitima.

Aquelle reconhecimento pode fazer-se no registro do nascimento, ou em escriptura, testamento ou auto publico. Será indifferente adoptar qualquer d'estas formas de documentos, sob o ponto de vista da irretectabilidade dos direitos inherentes á perfilhação?

Tal é o ponto que se discute neste logar e a proposito do artigo 1754 do *Codigo Civil*.

Entre nós tem-se sustentado, nesta melindrosa questão, que a perfilhação por testamento é tão irrevogavel, como por qualquer das outras formas reconhecidas pelo *Codigo*, que, permittindo aos filhos impugnar a perfilhação, em parte alguma concede aos paes o direito de a annullar depois de concedida. «Um acto tão solemne, grave e duradouro, como é a perfilhação voluntaria feita pelo pae, e que se suppõe sempre o resultado de profunda reflexão e de uma convicção intima de paternidade, e do qual alem d'isso nascem tão importantes direitos para o filho perfilhado, não pode ser livremente annullado por mero capricho do pae perfilhante» ¹.

Nada importa — affirma-se — que o pae tenha escolhido o testamento de preferencia á escriptura publica, por exemplo. O testamento foi collocado pela lei entre os outros meios de prova, pela sua forma authentica e solemne, e não com o fim de criar differenças em relação ás consequencias da perfilhação. Com effeito a lei dá-lhe a mesma força que ao registro do nascimento, á escriptura ou ao auto publico, que não podem ser destruidos por declaração posterior em contrario. Não é como testamento, mas como titulo de perfilhação, que o filho poderá invocal-o, embora revogado. Desvalioso na primeira qualidade, não subsistirá menos na segunda, emquanto não fôr materialmente destruido ².

¹ Sentença do juiz de direito de Estarreja, de 7 de junho de 1878, na *Rev. de Leg. e Jur.*, 12.º anno, pag. 60.

² *Direito*, 2.º anno, pag. 677; 7.º anno, pag. 182; resposta do juiz de direito de Chaves, transcripta na *Rev. de Leg. e Jur.*, 10.º anno, pag. 318; minuta do curador geral dos orphãos na mesma comarca, *Rev. cit.* pag. 317; Marcadé, *Explication Theor. et Prat. du Code Civil*, tom. 4.º, n.º 181.

Porque o que a revogabilidade alcança é a parte dispositiva, o testamento definido no artigo 1739 do *Código*. O reconhecimento do filho natural não é materia testamentaria, comquanto possa provar-se por testamento. «O reconhecimento e o testamento são dois actos que podem estar reunidos, mas que são essencialmente distinctos e de uma natureza inteiramente opposta, porque o primeiro é um acto do estado civil, que assegura o estado de uma pessoa, ao mesmo tempo que o segundo não é senão uma disposição *causa mortis*; um é irrevogavel — *hic et nunc*, o outro não tem este character, porque só é irrevogavel depois da morte do testador»¹. Uma cousa é a disposição de ultima vontade, caso em que os direitos dependem da vontade; outra é a affirmação de um facto, caso em que os direitos são ligados, não á vontade, mas ao facto mesmo. «Ninguem contesta, *ex. gr.*, que o reconhecimento feito em uma procuração de tabellião pode sobreviver á revogação do mandato. E por que razão não havemos nós de dizer o mesmo de um testamento?»²

O reconhecimento do filho natural é uma confissão, e, assim feita, entra na classe das de que trata o art. 2415; é authentica. Tem por isso toda a importancia dos documentos authenticos, não pode ser livremente revogada, especialmente com prejuizo dos direitos de terceiro³. Não se podendo destruir um facto, nem retractar uma confissão, o reconhecimento é por sua natureza ir-retractavel⁴. A ninguem é permittido pela lei contradizer o que uma vez confessou ou praticou⁵. Outros distinguem a este respeito o testamento publico do cerrado: «Parece, porem, que sendo feita (a perfilhação) em testamento publico importa uma verdadeira confissão, nos termos do artigo 2415, dando logo ao perfilhado os direitos especificados no artigo 129, que já não pode ser revogada, ainda que a disposição de bens o possa ser em con-

¹ Reflexões juridicas pelo advogado Bento Antonio de Oliveira Cardoso, na *Rev. de Leg. e Jur.*, 10.º anno, pag. 410.

² Reflexões juridicas pelo mesmo advogado, no *Direito*, 7.º anno, n.º 12, pag. 183. — Vej. o mesmo jornal, 2.º anno, n.º 43, pag. 677; Colmet de Sauterterre, *Cours Analytique de Code Napoléon*, tom. 4.º, n.º 181 bis III; Rogron, *Code Civil Expliqué*, no final da nota ao art. 970.

³ *Dir.*, 2.º anno, pag. 677.

⁴ Reflexões juridicas publicadas no *Dir.*, 7.º anno, pag. 182.

⁵ Reflexões juridicas publicadas na *Rev. de Leg. e Jur.*, 12.º anno, pag. 411.

formidade do disposto nos artigos 1739 e 1754»¹. «Supponhamos que o primeiro testamento era cerrado. A perfilhação subsistiria? Parece que não; mas nesse caso sempre ficava existindo um escripto do pae nos termos do artigo 130, n.º 1.º»²

O sr. Dias Ferrreira pensa, como acabamos de ver, que a confissão de paternidade, feita em testamento, dá logo ao perfilhado os direitos a que se refere o artigo 129 do *Codigo*. Um respeitavel magistrado da relação do Porto diz no mesmo sentido: «Desde o momento que o pae fez confissão authentica da sua paternidade, o appellado adquiriu direitos, quaes os de poder usar dos seus appellidos, de ficar sob a protecção paterna e de lhe succeder na sua herança, artigos 129 e 166 do citado *Codigo*»³.

Estes direitos inherentes ao novo estado — accrescenta-se — não podem estar dependentes da instabilidade da vontade do pae perfilhante. São tão sagrados e inauferiveis como os que adquire o legitimado por subsequente matrimonio. O perfilhado entra na familia do perfilhante, que já o não pode por si excluir d'ella, como a ninguem é licito fazel-o, logo que contra a perfilhação não procedam os vicios que a podem invalidar, declarados nos artigos 122, 124 e 125 do *Codigo Civil*. O contrario seria uma desherdação voluntaria. Uma vez estabelecida legalmente a filiação, as prerogativas annexas são tão irretrahaveis como os vinculos de sangue. *Nemo potest esse pater ad tempus*. «O que o pae fez perfilhando e reconhecendo o filho natural é tão grave, tão serio e tão duradouro como o que a lei suppõe, protegendo o filho legitimo, e ambos estão em eguaes posições, para um depois da sua perfilhação, e outro depois do seu nascimento (perfilhação do homem e da lei), impedirem os respectivos paes de os rejeitarem como filhos fóra dos casos, dos meios e do tempo, que a lei concede a um d'elles»⁴.

¹ *Cod. Civ. Annot.*, 5.º vol., pag. 265.

² *Theoria das Acções de Filiação illegítima*, pelo sr. J. M. da Cunha Seixas, pag. 97.

³ 1.ª tenção das que precedem o accordão de 23 de abril de 1875, publicado na *Rev. de Leg. e Jur.*, 10.º anno, pag. 381; — vej. igualmente *Dir.*, 2.º anno, pag. 677, e a minuta do sr. Francisco José de Medeiros, cit. *Revista*, 10.º anno, pag. 347.

⁴ Acc. da rel. do Porto, de 23 de abril de 1875, 2.ª tenção (*Rev. de Leg. e*

Apesar do valor das considerações que deixamos resumidas, e não obstante a muita auctoridade e illustração dos que as subscrevem, não podemos encobrir quantas duvidas este argumentar nos deixa no espirito.

Realmente não logramos convencer-nos de que o testamento, como titulo de perfilhação, dê, quanto aos direitos do perfilhado, precisamente os mesmos resultados que qualquer dos outros titulos admittidos pelo artigo 123 do *Codigo*. Pretende-se, como vimos, que desde o reconhecimento feito pelo pae o perfilhado adquire direitos, e que esses direitos, inherentes ao estado civil criado pela perfilhação, são irrettractaveis, sem differença nenhuma que resulte da differença de titulo, uma vez que este seja legal.

Que direitos são então esses? Responde-se que são os referidos no artigo 129 do *Codigo*, onde se fala dos *perfilhados espontaneamente*, e portanto tambem dos que o hajam sido por testamento. São: 1.º o direito de usarem dos appellidos de seus paes; 2.º o de serem alimentados por elles; 3.º o de lhes succederem ou haverem parte na herança.

Dizendo-se que os perfilhados em testamento adquirem desde a confissão ou reconhecimento do pae estes direitos, significa-se que os mesmos direitos são não só certos para o filho, *mas de fruição immediata*. A simples applicação, sem restricções, do artigo 129 ao caso da perfilhação por testamento, inculcava já o mesmo: — certeza dos direitos, fruição immediata d'elles; porque o direito de ser o perfilhado alimentado pelo pae perfilhante (citado artigo, n.º 2.º) não pode ser exercido senão *em vida* d'este ultimo, e, podendo o testamento, titulo da perfilhação, ser invocado, antes da abertura da herança, para o effeito de serem decretados os alimentos contra o perfilhante, não ha razão para que o não seja immediatamente á sua feitura. Demais, não se diz que o testamento é, quanto aos effeitos da confissão de paternidade, um titulo em tudo igual aos outros do artigo 123?

Temos pois que o pensamento dos que abraçam esta opinião é que o testamento pode ser invocado, *em vida do testador*, pelo

Jur., 10.º anno, pag. 381; — vej. a mesma *Revista*, 12.º anno, pag. 149; 10.º anno, pagg. 345, 347 e 348; *Diz.*, 7.º anno, pag. 182; Rogron, *obr. e log. citt.*

filho, nelle reconhecido, que queira fazer valer os seus direitos. Uma das tenções que precedem o accordão da relação do Porto de 23 de abril de 1875, dizendo que, desde o momento que o pae fez confissão authentica da paternidade (ajnda em testamento, que esta é a hypothese do accordão), o perfilhado adquiriu direitos, quaes os de usar dos seus appellidos e de ficar sob a protecção paterna, — cita até o artigo 166 do *Codigo*, o qual se occupa do poder paternal a que estão sujeitos os filhos menores perfilhados¹. Portanto o que se sustenta é que a fruição dos direitos promanantes da perfilhação por testamento começa ainda em vida do perfilhante, e assim, com effeito, é que se equipara o testamento ás demais especies de documentos mencionados no artigo 123.

Mas o que nos quer parecer é que semelhante doutrina não é juridica.

No caso em que o reconhecimento do filho é feito em testamento cerrado, é ella evidentemente falsa, porque este testamento, cosido e lacrado pelo tabellião, que nem pode lel-o², é, no seu conteúdo, um segredo para toda a gente, menos para o testador, até que a morte d'este seja verificada, ou pela ausencia se presuma³.

E, feito o reconhecimento em testamento publico, cremos que aquella doutrina não é mais verdadeira, e que o filho não pode aproveitar-se da confissão de paternidade antes de morrer o perfilhante. Na *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, 9.º anno, paginas 149 e segg., sustentou a redacção que antes do fallecimento do testador não deve o tabellião passar certidão de testamento, feito em suas notas, a pessoa diversa do proprio testador, e funda-se 1.º em que o testamento pode ser revogado pelo testador até o ultimo momento de sua vida; que, em regra, é até este momento apenas um projecto de disposição que a ninguem dá direito, «e nem a denegação da certidão pode *em caso algum* offender direitos de alguem» — por onde se vê que aquella illustrada redacção não tinha então presente o caso da perfilhação

¹ *Rev. de Leg. e Jur.*, 40.º anno, pag. 380.

² *Cod. Civ.*, art. 1922 e § 2.º

³ *Cod. Civ.*, artt. 1933, 1936, 1937 e 66.

em testamento —; 2.º em que muitos e graves inconvenientes podem resultar de tornar-se conhecida a disposição testamentaria de qualquer, antes de fallecido, muito mais hoje que não podem dispor em testamento cerrado os que não sabem ou não podem ler¹. A redacção do mesmo jornal affirma ainda esta doutrina a proposito de uma representação dirigida pela *Associação dos Tabelliães de Lisboa* ao presidente da relação d'aquella cidade, ponderando os inconvenientes que havia em dar cumprimento a uma circular da mesma presidencia em que se ordenara que os tabelliães de notas mandassem aos administradores dos concelhos, em cada semestre, mappas dos testamentos exarados em suas notas, que contivessem disposições de legados pios. Nessa representação diz-se que o testamento escripto no livro de notas é, durante a vida do testador, segredo entre elle, as testemunhas e o tabellião, o qual o não deve revelar, em todo nem em parte, sem incorrer, se não nas penas do artigo 290 do *Codigo Penal*, ao menos em justa e merecida censura, por não guardar ás partes o segredo que ellas confiaram á sua discrição. Pondera-se mais que os que não sabem ou não podem ler, não podem ser privados do direito de conservar as suas ultimas vontades em segredo entre o tabellião e as pessoas da sua confiança escolhidas para testemunhas; que antes do fallecimento do testador o testamento não dá direito a pessoa alguma, seja para que fim fôr, e que nos paizes onde o notariado é bem regulado, como em França, é prohibido aos notarios dar conhecimento dos testamentos a qualquer pessoa em vida dos testadores. No parecer da *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, esta doutrina é juridica e racional².

Ha de observar-se-nos, todavia, e com razão, que, sendo tal doutrina fundamentada na revogabilidade do testamento publico e nos inconvenientes resultantes da violação do segredo das disposições testamentarias, ella não procede em respeito ao que é por sua natureza irrevogavel, como a perfilhação; não sendo, por outro lado, impossivel extrahir por certidão a parte do testamento em que o reconhecimento se contem, sem que seja re-

¹ *Cod. Civ.*, art. 1923.

² 10.º anno, pag. 39 e segg.

velada a outra parte propriamente dispositiva e sujeita á mutabilidade da vontade.

Concordando, faremos por descobrir noutro logar o pensamento da lei. No artigo 2469 estabelece o *Codigo Civil* a necessidade de notar á margem dos assentos de nascimento a legitimação dos filhos por subsequente matrimonio e o reconhecimento dos illegimos, feito por escriptura publica, testamento ou qualquer outro acto solemne, cabendo a obrigação de requerer este averbamento, no caso de legitimação por subsequente matrimonio, ao marido; no caso de reconhecimento por escriptura publica ou por qualquer outro modo solemne, *ao legitimador*, isto é, ao que fez o reconhecimento ¹, e no caso de reconhecimento por testamento, *ao filho reconhecido*, se for maior, ou, sendo menor, *ao seu tutor*. Eis aqui bem clara, bem incontestavel, supponho nós, a differença que se recusam a ver entre a perfilhação por testamento (cerrado ou publico, porque a lei não distingue) e a perfilhação por qualquer outro modo solemne. Por que razão neste ultimo caso é o perfilhante quem requer o averbamento do reconhecimento, e no primeiro não é elle, mas o filho reconhecido, ou o *tutor*, se aquelle for menor? Se o testamento publico produzisse effeitos immediatos da mesma maneira que a escriptura de perfilhação, por exemplo, — por que não pertenceria ao testador fazer averbar o reconhecimento do filho, e teria de promover esse averbamento o proprio filho, orphão já do perfilhante e tutelado, se ficou menor? É inutil insistir mais no argumento.

Por consequencia temos que os direitos ligados á perfilhação por testamento, seja elle cerrado ou seja publico, não são de fruição immediata, mas só podem ser exercidos á morte do perfilhante.

Mas serão ao menos, desde a feitura do testamento, certos e irrefusaveis, apenas dependentes, quanto ao seu exercicio, d'este termo — a morte do testador? É a segunda e capital questão.

Realmente, logo que se tem de concordar em que o testamento se destaca, quanto aos effeitos da perfilhação, dos outros modos solemnes de fazel-a; logo que se vê que os principios peculiares do direito testamentario, quanto á epocha em que o testamento

¹ *Cod. Civ. Annot.*, tom. 1.º, pag 159.

comporta execução, são mantidos, não só a respeito das disposições testamentarias propriamente taes, mas ainda das perfilhações, — tem todo o logar perguntar que provisão legislativa nos auctorisa a affirmar que os mesmos principios não são por igual mantidos quanto á revogabilidade. Se desapareceu essa egualdade entre os diversos documentos admittidos para o reconhecimento de filhos, a qual se pretendia encontrar na enumeração do artigo 123 do *Codigo* e na redacção generica do artigo 129, não atinamos com a base legal sobre que se firma a asseveração de que a perfilhação em testamento é irrevogavel, como certamente o é a perfilhação por qualquer outro modo, quando nada já nos resta na lei, para dirimir a questão, como texto expresso, senão as regras particulares dos testamentos, que decretam irrestrictamente a sua revogabilidade: «o testamento pode ser livremente revogado *no todo* ou em parte». Isto, combinado com o artigo 123, segundo o qual a perfilhação pode effectuar-se por testamento, fazendo pois parte d'aquelle *todo revogavel*, devia obrigar a reflectir os que têm voz pela irrevogabilidade de todas as perfilhações.

Observa algures um advogado que, tendo o legislador dicto no artigo 123 que a perfilhação se podia fazer em testamento, e dizendo no artigo 1734 que o testamento pode ser revogado no todo ou em parte, devia, como corpo harmonico que é, se tivesse a intenção de excluir as perfilhações, acrescentar um § unico, em que dissesse: *mas, se no testamento houver alguma perfilhação nos termos do artigo 123, ainda que se revogue o testamento, subsiste a perfilhação*, não sendo para presumir que a lei fosse omissa em caso de tanta ponderação¹. Parece-nos que diz bem.

Não esquecemos que nos argumentam com a definição de testamento no artigo 1739, pretendendo deduzir d'ella que tudo o que não fôr disposição de bens não é propriamente testamentario, e não está por isso sujeito á revogação. O *Codigo*, naquelle logar, caracterizou o testamento pelo seu fim principal e dominante, mas não é licito concluir, contra outros artigos igualmente attendiveis, que o testamento não está onde não está a disposição

¹ Minuta pelo advogado Antonio Felisardo de Sousa, publicada na *Rev. de Leg. e Jur.*, 10.º anno, pag. 327 e segg.

de bens. Deseja-se um exemplo de testamento sem nenhuma? O testamento simplesmente revogatorio. Diz o artigo 1755, § unico: «Se o testamento revogatorio contiver *tambem* disposição de bens.»; logo o testamento revogatorio pode deixar de conter disposição de bens. Verdade é que pode dizer-se que o testamento revogatorio contem, com effeito, sempre aquella disposição, se não explicita, ao menos tacita a favor dos herdeiros *ab intestato*. Mas nesse caso e com tal fundamentamento a escriptura publica *revogatoria* deveria chamar-se testamento, contra a linguagem e distincções do *Codigo*.

Em resumo, a palavra — testamento, em nossa opinião, abrange tudo o que no testamento tem cabimento legal.

Se assim não é, se a perfilhação por testamento é desde logo um acto definitivo, que não possa ser jámais invalidado por outro acto do testador, que razões, no caso do testamento publico, susceptivel de ser conhecido e invocado na parte relativa á confissão de paternidade sem quebra do segredo das disposições testamentarias, teria a lei para deixar em suspensão até á morte do perfilhante os direitos do perfilhado? Sobretudo quando á prompta efficacia d'esses direitos se liga a satisfação das primeiras e mais instantes necessidades da vida, como a necessidade de ser alimentado (artigo 129, n.º 2.º)? Comprehende-se esta suspensão, quando o reconhecimento está escripto em testamento cerrado, que é totalmente secreto até para o official publico que o approva¹, mas não quando a perfilhação pode extrahir-se da nota sem prejuizo do segredo devido ás disposições revogaveis.

É verdade que assim o testamento publico, como titulo de perfilhação, desegualar-se-hia do testamento cerrado no ponto de vista das vantagens offerecidas ao testador, que por motivos muito attendiveis pode ter o maior empenho em conservar no mais rigoroso segredo, em vida sua, a existencia de um filho bastardo, facto cuja revelação, alem dos desgostos causados ao perfilhante, importaria porventura graves perturbações na familia. E aquella desigualdade entre as duas especies de testamentos seria tanto mais injustificavel, quanto ha pessoas forçadas a lançar mão do testamento publico por inhabeis para dispor em testamento cer-

¹ *Cod. Civ.*, art. 1922.

rado ¹. A egualdade pois que a boa razão reclama entre os dois modos de testar no que respeita ao acatamento devido pela lei aos melindres pessoaes dos testadores que espontaneamente reconhecem os seus filhos, — melindres cujo despreso daria em resultado a diminuição no algarismo das perfilhações e a necessidade de affrontar mais vezes as incertezas e de accumular os escandalos das investigações judiciaes — essa egualdade pede que o testamento publico se conserve *totalmente* secreto, como o cerrado, até á morte do testador. Começamos já aqui a entrever a função *especial* dos testamentos, como titulos de perfilhação. Prosigamos.

Mas a mesma egualdade, imposta pela inhabilidade de certas pessoas para dispor em testamento cerrado, exige ainda mais: que os que mandam escrever pelo tabellião as suas disposições e declarações testamentarias não fiquem menos senhores d'ellas, do que os outros que testam na forma mystica. Ora estes têm sobre o seu testamento, ou elle contenha só disposições ou tambem confissões de factos, um dominio tão pleno, que não carecem de se desapossar d'elle, e podem, quando lhes aprouver, inutilisal-o *completamente*, se não revogando-o, certamente rasgando-o ou queimando-o ². Não querem consentir ao perfilhante que destrua juridicamente a confissão de paternidade, escripta no seu testamento para valer só depois da sua morte, escripta talvez entre hesitações da sua intelligencia e com reserva intencional do direito a averiguações ulteriores sobre o procedimento da mãe, — não lh'o consentem, mas como hão de impedil-o de destruir materialmente essa confissão, quando as duvidas se dissipem e lhe posee inexoravelmente no espirito desilludido a certeza de haver sido ludibriado? Ou, se quizerem, quando insinuações malevolas e suggestões interesseiras lhe obcequem a razão, ou um subito desnaturamento lhe desequilibre a consciencia? Sim, como hão de então obstar a que esse homem de boa-fé ou esse pae desnaturado faça em pedaços a sua confissão de pae?

Liberdade para todos de se desligarem, numa hora de desengano, das suas confissões de paternidade escriptas com o espi-

¹ *Cod. Civ.*, artt. 1923 e 1764, § un.

² *Cod. Civ.*, artt. 1927, 1930 e 1943.

rito anuviado pela duvida, mas com a consciencia aberta ao dever; escravidão apenas para os cegos, para os que não podem ou não sabem ler, que serão perpetuamente ligados por uma declaração imprudente feita em acto destinado a valer só depois da morte ¹, visto que não lhes é dado ir arrancar da nota a folha do seu testamento para fazel-a em pedaços ou queimal-a, como fariam a um testamento cerrado, se podessem tel-o!

Egualdade para todos, pedimos nós, e que os impedidos de testar mysticamente sejam sempre, *pela revogabilidade*, tão senhores dos seus testamentos como os outros conseguem sel-o pela posse exclusiva dos testamentos cerrados. Um testamento que se revoga no todo é como um papel que nunca se leu, nem é mais respeitavel a vontade que destroe rasgando e queimando, do que a que destroe desdizendo.

Se permittem o testamento cerrado, mas inhabilitam para elle certas pessoas, hão de necessariamente admittir a revogação das perfilhações feitas por testamento.

O pae que adquiriu a segura convicção sobre a paternidade, e que, ao mesmo passo que nenhuma razão tem para descrever d'ella, não hesita em tomar desde logo em publico as responsabilidades que lhe apontam a consciencia e a afeição paternal; esse para quem o passado é limpo de duvidas e de escrúpulos, de modo que nem tenha a recear a irrevogabilidade, nem a publicidade, perfilha no registro do nascimento, em escriptura ou em auto publico. Aquelle, porem, que desejando transmittir o seu nome ao filho e assegurar-lhe a sorte para depois da sua morte, tem, não obstante, razões para reservar-se o direito de averiguar ainda e pensar demoradamente, ou para conservar em segredo o reconhecimento, emquanto vivo for, esse perfilhará em testamento.

Aqui está pois em plena evidencia a funcção *particular* do testamento na perfilhação.

É necessario que a lei não attribua a actos *espontaneos*, como a perfilhação, mais largos effeitos do que estão nas intenções de quem os pratica, porque o resultado é que a liberdade, de que esses actos unicamente procedem, se retrae, por contrariada pela lei,

¹ *Cod. Civ.*, artt. 1764, § un., e 1923.

em vez de animar-se á repetição d'elles. «Todas as manifestações da vontade — diz Demolombe —, confissões, declarações e reconhecimentos têm unicamente por principio a intenção, a vontade d'aquelle de quem dimanam; por consequencia não pode dar-se-lhes mais valor e extensão do que a que seu auctor lhes quiz dar. Ora aquelle que só em testamento quiz depositar uma confissão ou reconhecimento não teve intenção de se *desapossar* d'elle. Esse reconhecimento não tomou um caracter definitivo. O meu testamento é a minha intima cogitação, escripta, é verdade, mas para ficar secreta e só minha. Nada está concluido, nem produz para alguém direitos adquiridos. O testamento é um mero projecto. Não digam que o reconhecimento de um filho natural é irrevogavel desde que está consummado; é isso verdade, desde que consummado está, mas eu nego que o esteja: nego que a vontade de reconhecer exista já, como deve existir, definitiva, determinada, segura» ¹.

A observação mostra que a duvida sobre a paternidade é muitas vezes o tormento do homem que vive ou viveu nas relações irregulares do concubinato. A rectidão da consciencia e porventura o amor aos filhos nascidos da concubina convidam-n-o ao reconhecimento d'elles, mas falta-lhe a certeza e treme do ridiculo. Quem sabe se, sobre ser escarnecido na sua boa-fé, ainda irá dar entrada na familia aos fructos d'esse infame ludibrio? Neste estado de espirito, se a perfilhação tiver de ser, por qualquer modo e inevitavelmente, um acto definitivo, irrevogavel, esse homem não perfilhará. Os archivos dos tribunaes estão cheios de exemplos d'essas retractações, devidas em muitos casos, não a seducções da ambição ou a desnaturamento dos paes, mas a desenganos que o futuro se encarrega de produzir. Homens que tratam por muito tempo como filhos seus os filhos da concubina desmentem mais tarde o primeiro juizo; outros tambem que muito tempo luctaram com a duvida vêm por fim a reconhecer uns e a rejeitar outros dos que uma opinião superficial lhes attribuia. Não é muitas vezes o desamor que determina estas repulsas; não é dado suppol-o, quando á supposição repugnam os precedentes do homem.

¹ *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n.º 455; vej. *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, tom. 5.º, n.º 128.

o seu character sem macula, o seu culto do dever, o seu coração sem odios, e sobretudo a afeição revelada, ainda na hora do desengano, por esses pretendidos filhos, quando o coração ferido, ao mesmo tempo que os rejeita como filhos, os acolhe como legatarios, preservando-os da miseria e castigando assim pela mais levantada piedade a deslealdade da mãe que o enganara ¹.

A duvida sobre a paternidade em relação aos filhos naturaes é um facto muito real, muito conhecido, muito frequente, para que a lei possa deixar de tel-o em conta, preceituando sobre perfilhações. O favor mesmo dos reconhecimentos espontaneos exige essa attenção da lei, porque ninguem que duvide perfilhará, sem que se lhe deixe direito salvo para apreciar ainda o passado por averiguações e observações futuras, e para rectificar na conformidade d'ellas as suas primeiras declarações.

E, quando isto succeder, quando o homem afirmar emfim á sociedade que não se considera pae, com que direito lhe impõe a lei os encargos paternaes, sem mais inquirições e só em nome de uma declaração feita com intencional reserva, quando, por outro lado, o novo estado civil do perfilhado não tem principiado ainda a produzir efeitos alguns? Se nenhuma alteração se operou ainda no modo de viver do perfilhado; se as cousas estão como estavam antes da perfilhação, e se o pae, reunindo os possiveis elementos de informação para ajuizar da paternidade, a veio por ultimo negar peremptoriamente, — como a affirmará a lei, absolutamente ignorante? Diz o sr. Moraes Carvalho: «O pae que tem a consciencia, ou antes a presumpção de o ser, só sendo perverso, deixará de ouvir o grito da natureza a favor de seus filhos. E, se só elle, e ninguem mais, pode ter essa presumpção, com que direito forçal-o a um reconhecimento que a sua convicção repelle?» ² Se a revogação da perfilhação deve explicar-se pela

¹ Vej. *Gaz. dos Trib.*, 42.º anno, n.º 1675, pag. 6019; *Dir.*, 15.º anno, n.º 49, pag. 289 e segg; *Respostas Juridicas*, por parte dos reus D. Lucinda Augusta Barroso e José Augusto Barroso, numa acção de investigação de paternidade illegitima, devidas a penna do advogado sr. Tavares Crespo, — cap. III (Porto, 1883); *Allegação* dos mesmos como appellantes, pelo sr. Luiz de Be-sa Corrêa, — pag. 48 e segg. (Porto, 1883).

² *Observações sobre a primeira parte do projecto de codigo civil portuguez do ex.ºº conselheiro Antonio Luiz de Seabra*, pag. 94. — *Vej Resposta do auctor do projecto de codigo civil ás observações do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva*, pagg. 24 e 25.

perversidade do pae, hypothese que não se coaduna com o facto do reconhecimento anterior, ou por obcecação resultante de seducção ou intriga, — averigual-o-hão os tribunaes em acção de investigação da paternidade, se esta houver logar. Perfilhado é que não ha por testamento que revogado appareça.

A justificação theorica que achamos da revogabilidade das perfilhações por testamento, na duvida, que muitas vezes assombra ainda o espirito do perfilhante, não tem, bem o sabemos, applicação ao reconhecimento feito pela mãe, mas as considerações com que procurámos mais directamente firmar a doutrina legal, são tambem procedentes com respeito a este reconhecimento, quando exarado em acto testamentario. Não nos é licito estabelecer distincções que a lei não comporta, quando estamos des-empenhando o simples papel de interpretes. Ou nós, ligando-nos ao artigo 123 do *Codigo Civil*, declaramos tão irrevogavel a perfilhação por testamento como a feita por qualquer das outras formas solemnes, entre as quaes o testamento está collocado naquelle artigo; ou recorreremos ao artigo 1754, e nos auctorisamos assim a considerar revogavel o reconhecimento testamentario, destacando esta especie das outras em nome dos principios privativos dos testamentos. Mas o que não podemos é distinguir entre testamento da mãe e testamento do pae, porque tal distincção careceria absolutamente de base legal. A revogação do reconhecimento da mãe explicar-se-hia ainda pela possibilidade de se fazerem *adopções* na forma da perfilhação, caso em que o reconhecimento deixa de ser a confissão de um facto para transformar-se numa liberalidade feita a um extranho. Como liberalidade *por morte* pode, pois, ser retractada, da mesma maneira que pode sempre ser rejeitada pelo extranho ¹. O certo é que, quando a perfilhação paterna seja revogavel, tambem o é a materna, porque a lei não dá ensanchas para distincções neste ponto, supposto as dê a theoria.

De resto, poucos argumentos ahi ficam dos adversarios da revogabilidade, que não tenham sido attendidos e infirmados nestas deducções.

Diz-se que os direitos do filho perfilhado são ligados, não á

¹ *Cod. Civ.*, artt. 126 e 127.

vontade do testador, mas ao facto da filiação: seja. Mas o facto da filiação é revelado por declarações voluntarias, e não nos parece que seja perfeitamente liquido, quando sobre elle apparecem do mesmo individuo duas declarações contradictorias.

Articula-se mais que o reconhecimento feito numa procuração de tabellião pode sobreviver á revogação do mandato, e que não ha razão para se não dizer o mesmo de um testamento. Isto nem argumento é. Certamente que tambem a perfilhação por testamento sobrevive á revogação das disposições testamentarias, se não houve a intenção de revogar tudo. Uma cousa é revogar o mandato, outra revogar o reconhecimento feito na procuração. Mas nem esta ultima revogação é admissivel pela razão de que a procuração é um documento que produz logo todos os effeitos legaes. Dir-se-ha o mesmo do testamento? Revogar uma procuração é tirar-lhe todos os effeitos *de futuro*, sem atacar os que já tenha produzido; revogar um testamento é tirar-lhe todos os effeitos absolutamente.

Allega-se ainda que o reconhecimento do filho illegitimo é uma confissão, e cita-se o artigo 2415 do *Codigo*. Ainda mesmo que concedamos que este reconhecimento é comprehendido na definição geral de confissão, consignada no artigo 2408, teremos o direito de perguntar a que vem o artigo 2415, que nem assigna os effeitos da confissão extra-judicial, nem fala de confissão feita em testamento, visto que só se refere á confissão *authentica que se faz em escriptura ou auto publico*, e á particular, que se faz verbalmente, ou por escripto particular. O artigo immediato mesmo, que se occupa do valor de confissões extra-judiciaes, apenas faz menção da confissão verbal e da confissão por escripto particular. Não se falando pois, neste capitulo, de confissões feitas em testamento, o que parece regular, para determinarmos os seus effeitos, é recorrer aos principios especiaes do direito testamentario. Se isto não é claro, não sabemos que cousa é clareza. Diz-se que a confissão de paternidade não pode ser revogada, especialmente com prejuizo dos direitos de terceiro. Com este prejuizo certamente que não; mas o que contestamos é que haja, pela perfilhação testamentaria, antes da morte do perfilhante, direitos que a revogação possa prejudicar. Os factos não se podem destruir — affirma-se, e é certo. Mas quem revoga um reconhecimento não pretende destruir um facto; nega que o seja. A realidade não

muda, mas mudam as convicções do homem, sujeito a formar juízos errados a respeito d'ella.

O estado civil — accrescenta-se — não pode estar dependente da instabilidade da vontade de ninguem, e concordamos nisto, e em que ninguem pode ser pae temporariamente. Mas o que negamos é que a perfilhação por testamento estabeleça, para o perfilhado e antes da morte do testador, o estado civil de filho. O testador não é pae temporariamente, porque não fica pae á feitura do testamento, que pode ser ainda invalidado. Se com effeito revogou a perfilhação, nunca foi pae.

Resta ainda uma averiguação sobre este assumpto. A revogação terá de ser expressa e especial para a perfilhação?

Entre nós, ao passo que se tem seguido a doutrina de que a perfilhação por testamento é irrevogavel, tem-se affirmado que, ainda que revogavel fosse, não se intenderia haver revogação, senão quando expressa e especial ¹.

A nós o que nos parece indispensavel é que a intenção de revogar a perfilhação seja evidente; em materia de testamentos a intenção é tudo, e as palavras não servem senão para desvendal-a. *Semper vestigia voluntatis sequimur* ².

Como á perfilhação testamentaria é applicavel o principio da revogabilidade, expresso no artigo 1754 do *Codigo*, não vemos por que não façamos igualmente applicação das demais provisões relativas ao acto revogatorio. Bem conhecemos que o testador pode querer revogar a disposição de bens e deixar subsistir a perfilhação, como pode querer revogar um legado e deixar outro de pé, ou infirmar a instituição de herdeiro, conservando apenas uma liberalidade singular. Para tudo isso ha regra legal, sem necessidade de estar a estabelecer especialidades, que a lei não auctorisa. Dentro d'essa regra tem de operar o criterio do juiz, interpretando a vontade.

A regra resulta do artigo 1756, conforme o qual a feitura de segundo testamento, que não mencione o primeiro, só revogará este na parte que lhe fôr contraria.

¹ *Rev. de Leg. e Jur.*, 10.º anno, pagg. 345 e 346; 12.º anno, pag. 149.

² L. 5 C. 6, 27. — *Vej. Cod. Civ.*, art. 1761.

Encostando-nos á letra e espirito d'este artigo, parece-nos que, em relação á perfilhação, a doutrina juridica é esta:

Se o acto revogatorio menciona o testamento que se pretende inutilisar total ou parcialmente, é a parte mencionada e expressamente declarada sem valor, que se infirma; portanto, quando o testador se refere ás suas *disposições* testamentarias, não comprehende na revogação as confissões ou reconhecimentos, que não devem reputar-se mencionados por esta forma.

Quando, porem, o testador se refere ao testamento todo, declarando que não deseja que d'elle valha cousa alguma, ficam tambem sem effeito os reconhecimentos, cuja menção está encerrada na menção do testamento de que fazem parte; tanto mais que um facto de tão importantes consequencias, como a perfilhação, não podia deixar de estar presente na memoria do testador, para que o exceptuasse, se tal fosse a sua vontade.

Se no testamento posterior o testador declara que não tem filhos alguns, e que assim vae dispor livremente dos seus bens; ou que só reconhece como seus filhos naturaes e institue por herdeiros a certos individuos, em cuja designação não inclue outro anteriormente reconhecido (a quem por vezes succede o testador deixar um legado, como esmola, indicando-o simplesmente como filho de determinada mulher), não menciona, com effeito, a anterior perfilhação, mas nem por isso deixa de revogal-a, porque faz uma declaração ou confissão contraria áquelle reconhecimento e absolutamente inconciliavel com elle.

Mas se o testador, não se referindo á perfilhação, nem a revogando por outra declaração contraria, dispor dos seus bens em prejuizo da legitima do filho perfilhado, este facto não invalida o reconhecimento feito, porque não é com elle inconciliavel. Concebe-se effectivamente que o pae queira manter a perfilhação, e que, ao mesmo tempo, por ignorancia da lei, se arrogue a faculdade arbitraria de marcar elle os effeitos d'esse acto e de restringir, a seu talante, os direitos do filho natural á sua herança. A incompatibilidade, neste caso, entre as novas disposições e o reconhecimento do filho vem da lei, mas não vem necessariamente das intenções do testador.

109. O que deixamos dicto a respeito do reconhecimento de filho illegitimo por meio de testamento é, em parte, applicavel

a outros reconhecimentos ou confissões que o testador faça, taes como uma confissão de divida, de deposito em poder do mesmo testador, de pagamento, etc.

Serão revogaveis estas confissões, ou ligarão o confitente por forma que elle não possa já, posto que revogue o testamento ou expressamente as retracte, eximir-se ao pagamento da divida, á restituição do deposito, ou demandar o devedor que declarou desonerado?

A irrevogabilidade tem sido defendida em França, tanto por alguns civilistas do antigo direito, como por outros do direito novo.

Nada obsta — affirmam esses escriptores — a que se inclua num testamento uma convenção unilateral ou um simples reconhecimento de dever. Este reconhecimento deve conservar alli o seu caracter proprio, porque, posto encontrar-se num testamento, nem por isso é uma disposição testamentaria, mas uma homenagem prestada á verdade.

Em contrario sustentava Furgole que uma disposição inserida em testamento, embora revestindo a forma de uma estipulação ou de um contracto, é verdadeiramente uma disposição testamentaria, e que a revogação do testamento a inutilisa, como se tal forma não tivesse, porque tudo o que se contem em testamento participa da sua natureza ¹. É esta opinião a que energicamente defende o grande civilista contemporaneo, Demolombe, considerando os reconhecimentos de dividas ou de depositos, feitos por testamento, como disposições que, emanando tão só da vontade do testador, são sempre revogaveis. Similhantes declarações — diz elle — «não podem ter caracter diverso do que quiz attribuir-lhes o testador, no seu livre e soberano arbitrio; ora, inserindo-as num testamento, quer dizer, num acto de que elle é sempre senhor, tanto como do seu proprio pensamento, claramente revelou que as não considerava como destinadas a constituir titulo de credito em favor dos beneficiarios ².» «Pois não é possível — acrescenta adiante — que o testador, comquanto não

¹ Demolombe, *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 5.º, n.º 128 e 129.

² *Obr. e tom. cit.*, n.º 130.

tenha outra intenção que a de agraciar, queira colorir um legado, pretextando uma dívida? *In dubio praesumitur testator praetextum quaesisse legato*, dizia Cujacio (á lei 88, § 10, ff. de Legat. 2.º). Não ha duvida que tal é a presumpção que deve prevalecer, quando se trata de uma disposição inserta em testamento, e quando o beneficiario não tem, como estamos suppondo, outra prova do seu pretendido credito que o testamento mesmo. Neste sentido é que Pomponio estabelecia a maxima: *Nuda ratio non facit aliquem debitorem*»¹.

Escusado é dizer que só esta doutrina abraçamos e reputamos legal. O testamento não prova obrigações; prova liberalidades por morte, qualquer que seja o modo por que agrade ao testador exprimir-se.

Quando o *Codigo* preceitua sobre a prova do mutuo, do deposito ou do pagamento, nos casos em que torna preciso documento authenticico, não fala de testamento; fala só de escriptura publica².

Se isto não é assim; se o testador que se confessa devedor, fica um devedor como qualquer outro, e se, confessando-se depositario, fica constituido nas obrigações ordinarias do depositario, — é consequente que, não se havendo o devedor obrigado com prazo certo, possa o credor, quando lhe aprover, interpellal-o para pagar e demandal-o, subjeitando-o a perdas e damnos computados desde o acto de interpeção³, e que possa o depositante requerer a restituição do deposito, sempre que queira, constituindo o testador na necessidade de entregal-o com fructos e accrescidos⁴.

Ora isto não pode ser: o interessado não tem em seu poder o documento testamentario, nem á sua disposição o encontra no livro de notas ou em qualquer archivo publico. Se é testamento cerrado, é, por sua natureza, secreto até á morte do testador; se é feito por notario, secreto deve ser tambem, até esse momento, para o interessado, porque os cegos, os impedidos transitoria-

¹ Cit. n.º, pag. 103.

² *Cod. Civ.*, artt 1534, 1434, 1534, § un.

³ *Cod. Civ.*, artt. 714, n.º 3.º, 732 e 741.

⁴ *Cod. Civ.*, artt. 1435, n.º 2.º, e 1448.

mente de ler, os analphabetos, que são forçados a testar pela nota, não têm menos direito que os outros cidadãos portuguezes a conservar em segredo todo esse acto intimo que se chama um testamento, e a exercer sobre elle um dominio exclusivo.

A egualdade e a justiça pede até, como já observámos no anterior numero, que, assim como o testamento cerrado pode ser, sem offensa da lei, plena e materialmente destruido pelo testador, se faculte ao mesmo destruir plenamente e pelo meio juridico da revogação o testamento publico. Bem basta a desigualdade inevitavel que resulta, em desfavor das pessoas inhabeis para testar mysticamente, de terem ellas de confiar o segredo testamentario ao official publico e ás testemunhas, que, todavia, escolhem livremente d'entre os individuos legalmente capazes.

Da permissão pois dos testamentos cerrados só a certas pessoas, e do principio da egualdade juridica, quando, como aqui, nenhuma consideração attendivel se lhe oppõe, resulta a revogabilidade total, rigorosamente total, do testamento publico, e, em consequencia, do testamento cerrado.

Mas supponhamos que a revogação não attinge, em caso algum, as confissões de divida: se se concorda em que a exigibilidade da divida confessada só pode começar á morte do testador, que resulta? O testador tem descoberto o meio de sophismar o principio da *legítima* e os preceitos legaes sobre incapacidades, que excluem certas pessoas das liberalidades testamentarias. Pela confissão o testador obriga-se; da obrigação assim contrahida não pode mais desligar-se pela sua vontade, mas ao mesmo tempo o cumprimento só é obrigatorio por sua morte. Sendo assim, que perde elle em confessar quaesquer responsabilidades? Nada. Por outro lado, confessando, dá um *titulo sufficiente* aos beneficiarios para segurarem o beneficio, não só contra as prohibições legaes relativas aos incapazes, porque ninguem é incapaz de receber o que lhe pertence; mas tambem contra os direitos dos herdeiros legitimarios, porque, emquanto ha divida, não ha herança. É absurdo? De certo. É forçoso então admittir que a confissão testamentaria não basta para que o beneficiario se apresente como credor da herança, e que, se a obrigação do fallecido testador não fôr demonstrada por outro meio recebido em direito, o reconhecimento tem de ser considerado como mera disposição testamentaria, que podia ter sido revogada, sujeita sêmpre ás con-

sequencias da inofficiosidade e ás regras sobre incapacidade para a aquisição por titulo gratuito.

Taes são as conclusões a que nos conduz o raciocínio, independentemente de algum artigo de lei que especialmente nos esclareça sobre a questão.

Mas esse artigo existe. É o 1818 do *Codigo* ¹, do qual se deduz que pela simples confissão de divida por testamento, sem outras provas da sua existencia, não é demonstrada a realidade da divida, não sendo, por isso, o beneficiario dispensado de mostrar-se capaz de haver por titulo gratuito a cousa ou somma destinada pelo testador para pagamento. A confissão considera-se disposição de ultima vontade, e vale *como legado*, não podendo, nesta qualidade, diminuir o quinhão dos herdeiros legitimarios. Pode todavia a divida demonstrar-se real por meio de prova diverso do testamento, e ser paga como legado, o que tem o effeito de antecipar o prazo estabelecido em favor do devedor ², mas nada impede neste caso o legatario de rejeitar o legado e de apresentar-se como credor.

É o que não pode fazer o credor que o é apenas pela confissão testamentaria: não passa de um legatario, que não tem, portanto, direitos alguns antes da morte do testador; cujo beneficio está sujeito a revogação; não pode prejudicar os herdeiros legitimarios, nem ser attribuido com preterição dos principios legaes sobre a capacidade de receber a titulo gratuito.

Quanto á confissão de pagamento que o testador faça como ex-credor, julgamol-a comprehendida nas palavras do artigo 1821: «ou dêr a este quitação da divida», porque o legislador não distingue se a quitação é dada independentemente de pagamento e na forma de verdadeiro legado (*hypothese* que, por outro lado, é figurada nas palavras precedentes: «Se o testador legar algum credito que tenha. . . . contra o proprio legatario»), se com o pretexto de pagamento effectuado. Em qualquer dos casos,

¹ Diz: «Se o testador legar certa cousa, ou certa somma, como por elle devida ao legatario, será valido o legado, ainda que tal semma ou cousa realmente devida não fosse, salvo sendo o legatario incapaz de a haver por doação».

² *Cod. Civ.*, art. 1819.

portanto, o devedor é um legatario, como lhe chama o artigo, e a confissão uma liberalidade revogavel ¹.

Os reconhecimentos de que nos temos occupado neste numero, carecerão de revogação especial? A regra é sempre a mesma: é mister que a intenção revogatoria seja evidenciada nas palavras do testador. Ora para isso não nos parece que seja indispensavel especial referencia ás confissões testamentarias, uma vez que as declarações posteriores sejam absolutamente inconciliaveis com ellas, ou que o testador, revogando o primeiro testamento, o faça em termos que revele ser desejo seu que d'elle não fique valendo disposição ou declaração alguma. É tambem o parecer que Demolombe prefere, rejeitando a opinião contraria noutro tempo defendida por Davot ².

¹ Vej. sobre o que precede *Gaz. dos Trib.*, 9.º anno, n.º 1240 (resp. da *Ass. dos Adv. de Lisb.* em sess. de 11 de novembro de 1846); a mesma *Gazeta*, 24.º anno, n.º 3578; *Dir.*, 1.º anno, pag. 450; *Cod. Civ. Annot.*, 3.º vol., pag. 397; Borda, nota aos artigos 916 e 917 do *Cod. Civ. Italiano*, e appendice depois da nota ao artigo 922, — § 3.º, n.º 23; Demolombe, *loc. cit.*, n.º 130.

² *Ibid.*

INDICE

DUAS PALAVRAS.....

Pag.
IX

PRIMEIRA PARTE

PRECEDENTES HISTORICOS DA DOCTRINA ACTUAL

CAPITULO PRIMEIRO

Direito romano

SECÇÃO 1.

Historia da revogabilidade dos testamentos

1. Observações preliminares.—2. A revogabilidade dos testamentos na historia.—3. Caracter do testamento *calatis comitiis*.—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 effeitos 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 Taboas* 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 effeitos exequiveis em vida,—19 e 20. e passa por successivos aperfeçoamentos,—21. até desaparecerem os ultimos effeitos da mancipação, e pois a irrevogabilidade.....

1—19

SECÇÃO 2.ª

Systema romano sobre a revogação em materia testamentaria

§ 1.º

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

Pag.

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 equalitaria de Justiniano em relação aos filhos..... 20—25

§ 2.º

Testamento inofficioso

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. E 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 *legitima*, resultado natural da inofficiosidade. Direito das *Novellas* 26—36

§ 3.º

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

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* 37—50

§ 4.º

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

	Pag.
42. Transição. — 43. Revogação de um testamento por <i>outro</i> 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 <i>ab intestato</i> — 47. Outra excepção.....	51—55

§ 5.º

Revogação parcial do testamento por escripto posterior

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 <i>senatusconsulto Trebelliano</i> . — 55 e 56. Do <i>senatusconsulto Pegasiano</i> . — 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	56—70
---	-------

§ 6.º

Revogação do codicillo por escripto posterior

1. Revogação por testamento. — 65. Por outro codicillo. — 66. Ainda as reformas de Justiniano: o fideicommisso completa a sua função renovadora assimilando o legado. — 67. Conclusão.	71—75
--	-------

Revogação resultante de factos diversos. A revogação e a caducidade

Pag.

68. Adrogação do testador. Noção do testamento <i>irritum</i> e do <i>destitutum</i> . — 69. Alienação da coisa legada — 70. Outros factos semelhantes. Noção de legados <i>extinctos</i> ou <i>caducos</i> . — 71. Viciação do testamento. Revogação de nomeação de herdeiro. — 72. Viciação de codicillo. Revogação de legados. — 73 e 74. Conclusão e transição — 75. Inimizades supervenientes. — 76. Da <i>indignidade</i> . Fixa-se a noção de <i>revogação</i> . — 77. Utilidade do estudo d'esta secção. — 78. <i>Caducidade</i> no direito romano. — 79. E no direito moderno. Extrema-se da revogação. — 80. Transição para o capitulo immediato	76—89
--	-------

CAPITULO SEGUNDO

Direito patrio

SECÇÃO 1.ª

Até ás reformas do Marquez de Pombal

81. Os testamentos e o dominio romano na peninsula hispanica. O Direito sob a dominação barbara até á vigencia do <i>Codigo Wisigothico</i> . — 82. Publicação, caracter e valor d'este codigo em relação ao nosso direito em geral. — 83. Origem do testamento nos povos germanicos. — 84. Caracter das leis testamentarias no referido codigo. — 85. Especies de testamentos que admite. Principios que estabelece no assumpto da <i>revogação</i> . — 86. O <i>Codigo Wisigothico</i> e o nosso primitivo direito testamentario. Disposição da <i>terça</i> e do <i>quinto</i> segundo este codigo e o direito hespanhol. A <i>terça</i> e o <i>quinto</i> em documentos patrios da primeira dynastia. Variedade dos antigos costumes portuguezes em relação á quota disponivel. — 87. O direito romano e o nosso direito antigo em materia de testamentos. Caracter dos primeiros testamentos em Portugal. Direito testamentario até o tempo de Affonso V. Contribuições do direito romano e dos costumes patrios para a compilação affonsina. Fonte das provisões ultteriores. O direito romano e a jurisprudencia. Os casos omissos; conclusão	91—100
--	--------

SECÇÃO 2.ª

Os novos principios da epocha pombalina

88. O preambulo da carta de lei de 9 de setembro de 1769 e as velhas maximas tradicionaes do direito romano. Por que são ellas enigmaticas para o espirito moderno? — 89. A regra *Testatus* condemnada no referido preambulo. Difficuldade de determinar a sua origem historica. — 90. O regimen da propriedade segundo as *XII Taboas* está longe de ser primitivo. Considerações de critica historica sobre o direito de alienar e de testar. — 91. A familia, corporação perpetua. Evolução do *collectivismo*. *Collectivismo familiar*. — 92. Continuação. Indivisão indefinida do fundo patrimonial. Direito á chefatura; o primogenito. — 93. Denegação de direitos successorios ás mulheres. — 94. O mundo domestico e o sentimento da immortalidade; o culto dos mortos; destino primitivo e commum da adopção e do testamento. — 95. Principios que da organização collectivista deviam derivar para o direito testamentario. Deducção da regra *Testatus* e do caracter da herança no direito romano *Instituição de herdeiro*, essencia do testamento. *Unidade de herdeiro*; *ruptura total* do testamento anterior pelo posterior. — 96. Palavras de Mello Freire e do legislador de 1769 — 97. Nova orientação da jurisprudencia. 101—115

SECÇÃO 3.ª

Consequencias

98. A alta função critica de Mello Freire no direito testamentario portuguez. — 99. Primeira consequencia: desaparece a incompatibilidade existente entre a successão testamentaria e a successão legitima. — 100. Segunda: sobre a instituição *ad diem* ou *ex die*. — 101. Terceira: sobre a instituição limitada — 102. Quarta: não é já da essencia do testamento a instituição de herdeiro. A disposição testamentaria pode comprehender só legados, e em legados pode o testador distribuir todos os seus bens — 103. Quinta: o codicillo condemnado a desaparecer. — 104. Outros principios sobre *caducidade* e *revogação*. 116—131

SEGUNDA PARTE

DOCTRINA DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

CAPITULO PRIMEIRO

Da faculdade de revogar

	Pag.
405. Principio fundamental. — 406. Das <i>clausulas derogatorias</i> . —	
407. Todo o testamento pode sempre ser livremente revogado?	
—408. Tudo no testamento é revogavel? Do reconhecimento de	
filhos illegitimos. — 409. De outros reconocimentos.....	133—177
