

Uma lecção de Direito Romano

DO TESTAMENTO E SUAS FORMAS

Meus senhores:

Ao espirito dos jurisconsultos romanos não passou despercebida em todas as epochas a noção mais ou menos exacta do testamento.

A sciencia de Pomponio e a historia descobriram-n'o na mais alta antiguidade. mau grado a observação de Montesquieu, para quem os testamentos não foram permittidos antes dos decenviros.

Não é fóra de proposito asseverar que, antes da lei das XII Tabuas, o direito de testamento só pertencia aos patricios: os plebeus não o tinham senão por um acto de venda (*mancipatio*) simulada ao herdeiro de sua escolha.

Giuseppe Carle, no seu trabalho *Le origini del Diritto Romano*, diz que se não pode duvidar que as origens do testamento remontam a uma epocha anterior á fundação da cidade, porque nós sabemos com certeza que elle foi,

desde os inícios da cidade exclusivamente patricia, um dos actos que, á semelhança da *adrogatio*, da *detestatio sacrorum* e semelhantes, deviam ser completados com a intervenção dos pontífices, deante do povo das curias, reunido nos comícios.

No governo de Romulo, os cidadãos já testavam e Dionysio de Halicarnasso affirma que uma lei do irmão de Remo chamava a mulher á successão do marido morto intestado: *si intestatus obiisset..*

Não me sinto com forças para dominar o desejo de recordar estas phrases de festejado civilista lusitano: «Em Roma o direito de testar foi connexo com o direito de cidade e sujeito a tantas formulas que se pode asseverar que a vontade do testador não era por si bastante para transferir a propriedade. Veiu, porem, a generalisar-se em todas as provincias, concedendo-se a liberdade indefinida de dispor por testamento, ficando livre das antigas formulas e as successões sem a sua norma primitiva nas relações entre a propriedade e a occupação».

A respeito de testamento, Justiniano, no pr. das Inst. (2.10), expressa-se assim: *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.*

Será exacta esta etymologia da palavra *testa-mentum*? Ha quem a julgue inexacta em parte.

O radical *testa* deriva de *testari*, *testatio*, e o testamento é a attestação da vontade.

A desinencia *mentum*, em *testamentum*, não deriva mais da palavra *mens*.

Demangeat, depois de mostrar que esta ety-

mologia não é seria e que a palavra *testamentum*, implicando uma declaração de vontade e a presença de testemunhas, vem de *testatio*, *testari*, acrescenta com o apoio das observações de Aulu-Gelle que a desinencia *mentum*, que se encontra num tão grande numero de palavras latinas, não tem nenhuma relação com o substantivo *mens*.

Entende Ortolan que esta etymologia da palavra *testa-mentum* (*testatio mentis*), é, em sua ultima parte, bem futil : somente a idéa de testemunho, de attestação acha-se na raiz da palavra.

Vem de molde mencionar o que se encontra no *Tratado dos Testamentos e Successões* de Gouvêa Pinto anotado por Teixeira de Freitas: «Testamento (derivação das Institutas)—*ex eo appellatur, quod testatio sit*—, querendo dizer que fôra assim chamado, por ser acto destinado a testemunhar a vontade de cada um; entretanto Blasckstone, *Commentario das Leis Inglezas*, nota de *pueril* esta etymologia, por vêr um substantivo derivado do verbo—*testari*—, quando devia ser pelo contrario.»

Tomando-se em consideração o facto de que todas as outras palavras só derivam do *verbo*, salta a olhos vistos a improcedencia da censura do jurista inglez.

Melhor do que outros, disse o insigne jurisconsulto brasileiro que *testamento* (decomposição portugueza) é nome que ao imperativo de suas duas primeiras sylladas reúne o substantivo das duas ultimas, mandando fazer—*têxto* ou *têsto*—do que faz lembrar, isto é, do *Alphabeto*, thesouro da memoria.

Na vastidão das *Pandectas* ostentam-se,

apadrinhadas pelos nomes de seus auctores, duas definições, que a justiça da critica julgou incompetentes por não indicarem todos os caracteres essenciaes da cousa definida.

Occupando-se do testamento, refere Ulpiano: «*Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, id est solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.*»

No mesmo sentido manifesta-se Modestino: «*Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult.*»

Não obstante a auctoridade destes famosos jurisconsultos, as mencionadas definições omittiram um caracter essencial, sem o qual o testamento não pode produzir os seus effeitos ou, em outros termos, não é válido.

E', portanto, da essencia do testamento a instituição de herdeiro, que se reputa, no dizer de Gaio e Justiniano, a *caput et fundamentum totius testamenti* e que importa na designação de uma pessoa, chamada para succeder na universalidade dos direitos activos e passivos do defuncto.

Conclue-se destas observações que será de bom aviso acceitar as definições que os escriptores modernos nos ministram de modo satisfactorio e completo.

Salivas e Bellan ensinam que o testamento é um acto solenne, de ultima vontade, pelo qual um cidadão institue um ou varios continuadores de sua pessoa juridica chamados herdeiros (*heredes*).

Segundo Bonjean, pode-se definir assim: «O testamento é um acto feito em formas solennes, contendo uma instituição de herdeiro,

pelo qual uma pessoa dispõe de *todos* os seus bens, e que *não terá effeito senão depois da morte desta pessoa*.

Concordando com o modo de se expressarem os romanistas em destaque, Namur simplifica, entretanto, o testamento propriamente dito nestes termos: «E' um acto solenne e revogavel, pelo qual se institue um herdeiro: *Heredes institutio est caput et fundamentum testamenti*».

Eduardo Cuq assegura que o testamento é um acto de ultima vontade, unilateral, solenne, contendo essencialmente a instituição de um ou varios herdeiros.

Para Mackeldey um testamento, no sentido do direito romano, é uma disposição solenne de ultima vontade, na qual se institue um herdeiro *directo*.

Seguindo a mesma orientação, entende Van Wetter que o testamento é um acto de ultima vontade, pelo qual se institue um herdeiro.

Em harmonia com este conceito geral está a definição de Gaston May: «Chama-se testamento o acto feito em forma solenne, pelo qual uma pessoa, o testador, designa áquelle ou aquelles que serão seus herdeiros.»

Vê-se claramente desta exposição que o testamento é um *acto solenne, de ultima vontade*, em virtude do qual uma pessoa institue um ou diversos herdeiros, que são continuadores de sua personalidade jurídica.

Diz-se que é um *acto solenne* pela razão de estar submettido a numerosas formalidades

E' um *acto de ultima vontade*, porque não deve produzir effeito senão depois da

morte do testador, que o pode anteriormente revogar *ad nutum*.

Considera-se a instituição de herdeiro a parte fundamental, para que se torne valido o testamento com todas as suas disposições.

★
★★

Vem de muito longe a importancia, ligada pela sabedoria dos romanos ao testamento, que fez um vasto e longo percurso através de seculos até attingir a esse estado compativel com as luzes da civilização e do direito moderno.

Giuseppe Carle, romanista e preclaro professor da Universidade de Turim, abordando com proficiencia este e outros assumptos, pronuncia-se assim sobre o testamento: «Dos actos, que remontam ao antigo *jus quiritium*, o testamento é certamente aquelle, do qual nos provieram em maior quantidade os dados para reconstruir a historia primitiva e para seguir as transformações, que teve de soffrer na passagem do periodo gentilicio para a vida de cidade.»

Para ser completa, a noção de testamento reclama o exame detido das suas formas e de outras questões, como a capacidade de testar, a instituição de herdeiro, suas modalidades e variedades e as causas de inefficacia dos testamentos, que abrangem toda a theoria da successão testamentaria.

As formas dos testamentos variaram com as epochas.

Os testamentos distinguiam-se em testamen-

tos *ordinarios* e em testamentos *extraordinarios* ou *privilegiados*.

No tocante ás formas dos primeiros, o testamento era feito, nos moldes do direito antigo, *in calatis comitiis*, *in procinctu* e *per æs et libram*, existindo na epocha classica além deste ultimo, com algumas modificações, o *testamento nuncupativo* ou *oral* e o testamento *pretoriano*; e na epocha do Baixo Imperio, ainda o testamento *nuncupativo* e o testamento *tripartido* (*tripartitum*).

Quanto ás formas dos segundos, destacaram-se o *testamento militar*, o *testamento feito pelos paes inter liberos*, o *testamento feito pestis tempore* e o *testamento feito no campo* (*rure*).

Referindo-se á forma dos testamentos, observa Mackeldey que elles se dividem, no direito romano novo, em *testamentos publicos* (*testamenta publica*) e em *testamentos privados* (*testamenta privata*).

O testamento *in calatis comitiis* tomava a forma de uma lei curiata, por isso que era feito, em tempo de paz, em presença dos pontifices, e nos comicios por curias convocados de seis em seis mezes.

Desde que elle não podia ser feito senão duas vezes por anno, recorria-se ao expediente de uma *familiæ Mancipatio*. Dest'arte, aquelle que queria regular a sua successão, fazia uma *Mancipatio* de seu patrimonio, de sua *familia*, a uma pessoa que desejava como successor, indicando-lhe os encargos da successão.

O testamento *in procinctu*, do qual Cicero fala como existente ainda em sua epocha, fazia-se em tempo de guerra ou melhor por uma

declaração diante do exercito collocado em ordem de batalha.

Havia, como se vê, serios inconvenientes resultantes destas duas formas de testar, porque, tendo de concorrer para o conhecimento do herdeiro escolhido pelo testador, só podiam ser feitas em epochas determinadas.

Além disto, com a introdução da liberdade testamentaria, graças á lei dos decenviros, o testamento *in calatis comitiis*, por exemplo, perdeu a sua importancia; de sorte que a *familiæ mancipatio* se tornou a forma habitual de testar, transformando-se num verdadeiro testamento privado *per æs et libram*.

Para remediar ao inconveniente da reunião dos comicios duas vezes por anno, somente com o fim de receber os testamentos e para evitar que um cidadão pudesse ser surprehendido pela morte, sem haver tempo de testar, foi que se introduziu o *testamentum per æs et libram*.

Esta nova forma de testamento consistia, segundo descrevem Salivas e Bellan, numa mancipação do patrimonio (*familia*), feita pelo testador ao instituido (*familiæ emptor*) com as solennidades ordinarias e acompanhada de *pacta adjecta*, pelos quaes este ultimo se obrigava a cumprir os legados e as disposições accessorias, postas a seu cargo.

Passando a ser muito frequente e vantajoso pela circumstancia de se fazer em qualquer epocha, o testamento *per æs et libram* veio substituir as outras duas formas de testar, posto que offerecesse tambem os seus inconvenientes, como fossem o de ficar conhecido o herdeiro designado, o da irrevogabilidade do seu direito e o

de não poder o filho familias ser assim instituido por seu pae pela razão de nada adquirir por venda daquelle sob cuja a *potestas* estivesse.

E' preciso não perder de vista que esta forma de testar, não obstante a sua conservação na epocha classica, soffreu algumas modificações, das quaes dimanaram vantagens.

As primeiras consistiram em que a mancipação, não se fazendo mais ao herdeiro instituido, passou a ser feita a um terceiro que, a despeito de representar o papel de *familiæ emptor*, não adquiria nenhum direito e em que o testador pronunciava a *nuncupatio* e declarava em alta voz que nas *tabulæ testamenti*, escrevendo as suas ultimas vontades, se achava o seu testamento.

As segundas assignalaram que o *testamentum per æs et libram* podia ser effectuado em qualquer tempo e que as disposições eram secretas e desconhecido o nome do herdeiro durante a existencia do testador, cuja vontade era revogavel.

Em sua ultima forma o testamento *per æs et libram* compunha-se duma venda solenne e ficticia em reminiscencia do antigo direito (*imaginaria familiæ mancipatio, propter veteris juris imitationem*) e da declaração de testar conforme o theor das tabuas apresentadas (*nuncupatio testamenti*).

Namur, falando do testamento pretoriano, affirma que o pretor introduziu uma nova forma de testamento, promettendo a *bonorum possessio secundum tabulas* áquelle que apresentasse um acto munido do sello ou sinete de sete

testemunhas (*testamentum septem signis signatum*), quando mesmo a *familiæ mancipatio* e a *testamenti nuncupatio* se não realizassem, contanto que o testador fosse ainda cidadão romano e *sui juris*, no momento de sua morte.

Para que o herdeiro instituído pudesse pedir aquella *bonorum possessio*, era mister, nos termos do edito do pretor, um escripto munido do sinete de sete testemunhas. Admittindo também o direito civil um testamento oral (*testamentum nuncupativum*), succedeu que o direito pretoriano concedesse igualmente uma *bonorum possessio secundum nuncupationem*.

Apesar disto, vieram mudanças posteriores e as constituições imperiaes trouxeram pouco a pouco uma fusão entre o direito civil e o direito pretoriano; de sorte que surgiu novamente outra forma de testamento, composta de formalidades oriundas do antigo direito civil, do edito do pretor e das constituições imperiaes.

Em face das formalidades provenientes dessa triplice fonte, resultou que este testamento não dispensava as exigencias das testemunhas e unidade de contexto, da assignatura do testador e das testemunhas e finalmente do sinete e numero de sete testemunhas.

Foi a proposito deste *testamentum tripartitum* que Justiniano se occupou duma fusão operada pouco a pouco entre o direito civil e o direito pretoriano, dando em resultado esta nova forma de testamento, introduzida por uma constituição de Theodosio e Valentiniano.

O seu apparecimento remonta á epocha do Baixo Imperio, onde se encontra também o testamento *nuncupativo* ou *oral* mantendo em sua

integridade as formalidades já existentes na epocha classica em que figurou, por sua vez, o *testamento pretoriano*.

O testamento *nuncupativo*, que era um testamento verbal na phrase de Bonjean, fazia-se em presença de sete testemunhas, com a declaração, por parte do testador, do nome da pessoa que elle queria ter como seu herdeiro.

Para Salivas e Bellan elle era o testamento sem as formalidades inuteis da mancipação e sem as *tabulae*, fazendo-se a declaração solenne do testador (*nuncupatio*) em presença de sete testemunhas e não representando mais o *familiae emptor* e o *libripens* nenhum papel particular.

No intuito de desenvolver com criterio e verdade historica as formas do testamento á luz do direito justiniano, tem-se necessariamente de estabelecer uma distincção dos testamentos *publicos* e dos testamentos *privados*.

Os primeiros, que não dependiam de nenhuma outra formalidade, eram transcriptos nos registros dos juizes ou magistrados municipaes (*testamentum actis judicis vel magistratus insinuatum*) ou entregues nas mãos do chefe do Estado para serem depositados nos archivros imperiaes (*testamentum principi oblatum*).

Os segundos, feitos aliás sem o concurso da auctoridade publica, eram escriptos ou oraes (*scripta vel nuncupativa*) e dividiam-se ainda em *ordinarios* e *privilegiados*, conforme a sua submissão ao direito commun ou a um direito excepcional.

Sem embargo de certas formalidades que lhes eram peculiares, os testamentos ordinarios estavam submettidos a formalidades communs

aos testamentos escriptos e aos testamentos oraes, entre as quaes se destacavam a presença voluntaria de sete testemunhas capazes, cidadãos romanos, puberes e do sexo masculino, chamadas especialmente para assistir á confecção do testamento (*rogati*) e collocadas junto do testador com o fim de poder attestar mais tarde o occorrido, e a unidade de contexto (*unitas contextus*) que abrangia a *unitas loci*, a reunião das testemunhas no lugar onde estivesse o testador, a *unitas temporis*, a presença simultanea de todas as testemunhas e a *unitas actus*, a necessidade de terminar o testamento começado que não permittia ser suspensa a sua confecção para fazer outros actos no intervallo.

No que se referia ás formalidades particulares ao testamento escripto, o testador devia apresentar o acto ás testemunhas com a declaração de conter as suas ultimas vontades e assignar o testamento na presença das testemunhas que tinham, por sua vez, a obrigação de o subscrever e sellar, imprimindo-lhe o anel nas tabuas.

Interessa pouco saber, conforme refere Warnkoenig, qual seja o anel com que o firmem; se com o seu proprio ou com o alheio, se cada qual com um diverso ou todos com o mesmo.

Quanto ao testamento oral, as formalidades resumiam-se na declaração das ultimas vontades do testador em presença de sete testemunhas e na existencia de unidade de contexto.

Por excepção o testamento dum cego exigia, alem das condições ordinarias, que o herdeiro fosse designado dum modo especial.

Quando o testador declarava de viva voz as suas disposições, um *tabulario* ou uma oitava testemunha (*subscriber*) devia consignal-as por escripto, assignando e sellando o acto, o que tambem cumpria ás outras sete testemunhas.

O testamento podia ser nullo desde o principio ou invalidado por uma causa posterior, segundo attestam Namur e outros.

Isto acontecia no primeiro caso quando o testador não tinha a capacidade de testar na epocha da confecção do testamento; quando as formalidades prescriptas não eram observadas; quando não havia instituição dum herdeiro ou era instituido um individuo que não tinha a *testamenti factio passiva*.

Dava-se tambem a mesma cousa em casos determinados, havendo contravenção ás regras attinentes á necessidade de instituir ou desherdar certas pessoas.

Dest'arte não desaparecia depois a nullidade, de que o testamento se achava affectado desde o principio, pela razão de que *quod initio vitiosum est, tractu temporis convallescere non potest*.

No que concerne aos testamentos invalidados por uma causa posterior, ensinam os mestres que o testamento valido no principio poderia vir a ser *irritum, destitutum, ruptum* e *rescissum*.

Considerava-se *irritum (inutil)* se o testador soffresse qualquer *capitis deminutio*, exceptuando-se alguns casos capitulados em lei.

Era *destitutum* ou *desertum*, quando todos os herdeiros instituidos ou algum delles não adquiriam a herança e ficavam incapazes depois da confecção do testamento.

Podia ser *ruptum* pelo nascimento dum filho posthumo, pela adopção, pela legitimação dum filho natural, pela confecção dum novo testamento, por um acto publico contendo revogação, pela destruição voluntaria ou alteração da substancia do testamento, etc.

Reputava-se *rescissum*, quando o testamento era annullado pela *querela inofficiosi testamenti* ou pela *querela nullitatis juris novi*.

Resta indicar ainda uma vez os *testamentos privilegiados* que abrangiam, alem do testamento do cego, o testamento feito no campo, o duma pessoa atacada de molestia contagiosa e o dos ascendentes dispondo de seus bens em favor de seus descendentes, para analysar de preferencia o testamento militar (*testamentum militare*).

Na mais alta antiguidade romana era principio fundamental sobre o testamento militar que a vontade do soldado, livre das regras positivas do *jus civile*, valesse como lei.

Em virtude da posição especial do militar e do apoio que o Imperio encontrava no exercito, aquelle principio não prescindiu da consagração que lhe deram os primeiros imperadores romanos.

O que aconteceu foi que o soldado podia morrer *pro parte testatus*, *pro parte intestatus*, revogar o seu testamento pela simples manifestação duma vontade contraria, juntar á instituição de herdeiros condições e termos de toda a natureza, etc.

Dispensados por completo da observação das formas ordinarias, os soldados gosavam da faculdade de declarar as suas ultimas vontades

dum modo certo: *Nuda voluntas testantis sufficit.*

Bastava, pois, que estas fossem manifestadas daquela maneira.

E' assim que a instituição de herdeiro, segundo Namur narra bella e elegantemente, era valida, quando um soldado, prestes a morrer, a escrevia com o seu sangue no seu escudo ou na bainha de sua espada ou a traçava na areia com a ponta de sua arma.

De identico privilegio participavam as pessoas empregadas ao serviço dos exercitos, os funcionarios publicos, como governadores de provincia no theatro das hostilidades, e os marinheiros pertencentes aos navios do Estado (*remiges et nautæ milites sunt*).

Vem a talho de fouce recordar estas palavras de Clovis Bevilaqua no seu *Direito das successões*: «As differentes legislações modernas não deixaram em olvido a forma militar do testamento, mas se mostraram menos evadas de romanismo do que a nossa, na qual se depara o excesso do testamento riscado no solo com a ponta do gladio ou escripto na folha da espada com a tinta rubra do sangue, que jorra das feridas.»

Não será descabido reproduzir tambem o que se encontra na Const. 15 Cod. (6.21): *Milites in expeditione degentes, si uxores, aut filios, aut amicos, aut commilitones suos, postremo cujuslibet generis homines amplecti voluerint supremæ voluntatis affectu: quomodo possint, ac velint, testentur nec uxorum, aut filiorum eorum, cum voluntatem patris reportaverin, meritum, aut libertas dignitasve quærat. Proinde secut juris rationibus licuit,*

ac semper licebit, si quid in vagina, aut, clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in praelio vitæ sortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet.

E' facil de ver do exposto que Constantino estabeleceu a validade da disposição de bens feita pelos soldados feridos mortalmente nos campos de batalha, ainda quando lançada com o seu proprio sangue na bainha da espada ou no escudo e escripta na areia com a ponta da espada.

Tendo passado em revista esta materia, faz-se mister tratar dos requisitos indispensaveis á validade testamentaria.

Entre as condições necessarias á validade dum testamento os escriptores apontam a capacidade de testar regulada pelo direito publico e chamada *testamenti factio*.

Estes termos indicavam tambem a faculdade de receber por testamento, pela razão de vender antigamente o testador o seu patrimonio a seu herdeiro, figurando ambos no acto testamentario.

Os auctores modernos chamam a capacidade de testar *testamenti factio activa* e a de receber por testamento *testamenti factio passiva*.

Para poder testar era preciso ser *sui juris*, pubere, capaz intellectual e physicamente de manifestar a sua vontade, cidadão romano ou ter o *commercium mortis causa*.

Havia pessoas, como os condemnados á morte por uma sentença irrevogavel, os apostatas, certos hereticos e os individuos condem-

nados por libello diffamatorio, que a lei incluiu na categoria das que não gosavam do direito de testar.

Não se deve perder de vista que no seio do povo romano existiu incontestavelmente a liberdade de testar, contra a qual foram estabelecidas restricções a principio no interesse da familia e depois no do patrono.

E' que ellas visaram prevenir uma omisão ou uma desherdação injusta.

Antes de terminar, preciso dizer com Carle que a primeira forma do testamento, realisada *in calatis comitiis*, deve remontar a uma epocha anterior á fundação da cidade romana.

Aos estudiosos cumpre consultar, no que concerne á origem do testamento em Roma, as *Institutas* de Bonjean, o *Espirito do direito romano* de Ihering, a *Storia del diritto romano* de Padelletti—Cogliolo, as *Successioni* de Mazzoni, a *Genese* de d'Aguano, a *Nuova fase del diritto civile* de Cimbali e outros.

Netto Campello.

