

A ordenação do livro 4.º Tit. 80 § 1.º e o nosso futuro código civil

A Ordenação citada na epigraphie deste artigo dispõe da seguinte maneira:

“E querendo o testador fazer testamento pela forma cerrada, o poderá fazer desta maneira. Depois... *E não sabendo assignar, será assignado pela pessoa que lh'o escrever...*”

Depois de Lobão appareceram duvidas a respeito do modo de interpretar a ultima expressão transcripta acima e que griphamos, consistindo essa duvida em saber si o alphabeto podia ou não testar pela formá cerrada.

A maioria dos autores dos tempos de Lobão e posteriores resolveu e responde sempre pela affirmativa; mas alguns, pouquissimos, é verdade, gastaram e gastam rios de tinta no sentido de provarem que a verdadeira interpretação é a contraria, isto é, que nos termos

da mesma Ordenação o analphabeto não podia nem pode testar pela forma cerrada.

O nosso futuro código, a entrar em vigor em 1.º de Janeiro de 1917, derimiu a questão de um modo absoluto, quanto ao futuro, estabelecendo em seu artigo 1641 a prohibição ao analphabeto para testar por esta forma; mas terá estabelecido direito novo ou terá se limitado a interpretar a Ordenação citada?

E' o que vamos pesquisar e procurar esclarecer no presente estudo.

Toda a argumentação até hoje expendida no sentido de interpretar a Ordenação referida do Liv. 4.º, Tit.º 80, § 1.º, como prohibindo a forma cerrada dos testamentos ao analphabeto se funda ou se baseia sempre em Almeida e Souza, de Lobão, que por sua vez se fundou unicamente na opinião de Domat. Ora, Domat escreveu sobre direito completamente diverso do nosso e, portanto, não podia ser considerado autoridade no assumpto; como, porém, pensou elle interpretar a *LEI 21, de Testamentis, Cod. Liv. VI. Titulo XXIII*, não duvidamos em acceital-o como fonte de bom valor, e mostraremos que a sua opinião era errada em Direito Romano, não podendo ser invocada em Direito Brasileiro.

A citada Ord. Liv. 4. Tit. 80 § 1. diz—

“e não sabendo assignar, será assignado pela pessoa que lh'o escrever....”

e a referida *Lei 21, de Testamentis, Cod*; estatue:

“...*quod si litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat.*”

Domat, querendo justificar, como proveniente do direito romano, e portanto com fundamento historico, a disposição nova do direito francez, —prohibindo fazer testamento mystico ou cerrado aos analphabetos —traduziu a expressão “*ignorare litteras*” por “*não saber assignar*”, admittindo que se referisse a pessoas que soubessem ler mas não soubessem assignar, para dizer que já o direito romano prohibia ao analphabeto o testamento mystico.

Ora, haverá alguém medianamente conhecedor da lingua latina que traduza tal expressão por —*não saber assignar*?

Haverá quem não saiba serem expressões equivalentes:

... “*ignorare litteras*” —*nescire litteras*” ...
e que as não traduza, ao pé da letra por —
“*não conhecer letras*?”

Parece que não; e seria uma traducção legitima si a PHRASE não tivesse uma traducção especial que se encontra em qualquer dictionario latino-portuguez, como o *Magnum Lexicon*, e é a seguinte:

“*Não saber ler nem escrever*”

A legitima traducção, pois, da menciona-

da Lei 21, na parte transcripta acima é a seguinte:

Quod si porém si
testador o testador
ignorèt litteras não sabe ler nem escrever
vel ou
nequeat não pode
subscribere subscrever . . .

E' esta a unica traducção admissivel da dita Lei 21; e depois diga-se com Domat, com Lobão, que foi esta Lei que prohibiu aos analphabetos de testarem pela forma mystica...

Algumas pessoas tem considerado intangivel esta opinião expressada na famosa Dissertação IV, Appendice ás Notas a Mello, de Lobão que, pelo seu vezo de se oppôr e contraditar ao insigne Mello Freire, que nunca foi capaz de imitar quanto mais de igualar, acceitou como ouro de lei, em direito portuguez a opinião de Domat sobre direito francez, totalmente diverso do portuguez e hoje nosso. Mas, si ha um escriptor nebuloso, como Lobão nenhum; si ha um autor onde se veja claro somente o desejo de se oppôr a um outro, cujo saber e fama nunca poude attingir, este é Lobão que a preocupação de impugnar quanto Mello Freire escrevesse e sustentasse, cifrando-se nisto somente o seu saber massudo, empolgava de todo.

Mas que seja, que fosse Lobão o insigne e unico sabedor do direito portuguez, o conheedor unico dos mysterios das Ordenações e deste pavoroso Livro 4.º de que nos fallam velhos

reirnicolas, e leiamos a famosa Dissertação IV, em seus paragraphos 7 a 12, onde vem a sua opinião sobre o debatido assumpto.

Uma argumentação toda duvidosa, de perguntas e respostas sempre sobre o direito francez, a confissão no § 7. de que as ultimas palavras do texto latino parecem poder comprehender os testadores que não sabem ler, a confissão no § 10º que os analphabetos testavam assignando de cruz, vindo afinal a dizer que o assumpto era bem digno de um *assento que nunca foi tomado* e terminando da seguinte maneira em que se vê a dubiedade, a incerteza de sua opinião:

....“*Não se admittam taes testamentos a analphabetos, como seminarios de falsidades. Interprete-se a nossa lei pela sua fonte, como se tem interpretado nas mais legislações. Pelo menos (A CONTINUAR O DOMINANTE ERRO), sejam os magistrados attentos nas qualidades dos escriptores das cédulas que se approvam. Si elles não forem de inteiro credito, si corruptiveis, si affeiçãoados aos herdeiros ou legatarios melhorados, si os testadores antes ou depois de taes testamentos fizerem, ainda perfunctoriamente, algumas declarações contrarias ao que se acha escripto, etc., SEJAM FACILIS EM ANNULAR EM TODO OU EM PARTE as taes disposições, e muito mais sendo escriptos herdeiros estranhos, pre-*

*teridos os consaguineos BENEMERITOS,
attentas as razões expostas na Diss.
2.ª*

Eis os que afinal Lobão conclue: eis que, afinal elle confessa, era corrente a opinião contraria a sua, o que classificava *dominante erro*; eis que afinal elle já se contenta que os juizes sejam attentos ás qualidades dos escriptores, que sejam faceis em annullar taes testamentos "*em todo ou em parte!*"

E chama-se a isto uma interpretação decisiva da Ord. Liv. 4.º, Tit. 80 § 1.º, sem se ver que Lobão traduziu erradamente a expressão "*ignorare litteras*" da Lei 21, de Test, Cod. Liv. VI Tit. XXIII, pois tal expressão significa...

"*não saber ler nem escrever*", como se poderá verificar em qualquer dictionario latino, verbum *littera*, *ae*, porquanto a expressão "*ignorare litteras*" é absolutamente a mesma "*nescire litteras*."

Sustenta-se que não ha mudanças completas, fundamentaes no direito de um povo, guardando-se sempre uma relação ou sequencia historica, o que realmente é verdade pela maior parte das vezes.

Isto, porém, não é um principio absoluto.

Veja-se o Japão que adoptou em seuCodigo Civil um systema juridico differente; vejam-se todas as legislações que tem adoptado principios diversos dos originariamente acceitos.

Acceitavamos nós o casamento civil? O re-

gistro Torrens? A precedencia do conjuge ao collateral na successão?

Não são hoje principios juridicos acceltos e em pleno vigor na legislação brasileira?

Acceitavamos nós, na legislação actualmente em vigor a theoria da posse de accordo com os sentimentos do Ihering? Pelo contrario, não acceitavamos a theoria de Savigny?

E o nosso futuro Codigo Civil não estabeleceu quasi que integral e completamente a theoria de Ihering?

Dito isto respondamos a argumentação d'aquelles que affirmam ser o Art. 1923, do Codigo Civil Portuguez a interpretação authentica da Ordenação do Liv. 4.º, Tit. 80 § 1.º

A affirmativa é falsa. Lobão confessava dominar a opinião contraria, o que elle chamava "*dominante erro*", porque a Ordenação referida era interpretada de modo differente do porque elle fazia; confessava portanto que dominava a opinião de que a citada Ordenação permittia ao analphabeto testar pela forma mystica, pelo que terminou a sua Dissertação IV, já citada, com aquelles bons conselhos que acima foram transcriptos; mas a jurisprudencia continuou, sem se importar com a opinião de Lobão a julgar validos os testamentos mysticos de analphabetos e, ainda mesmo depois de estar em vigor o Codigo Civil Portuguez, se julgou que eram validos os testamentos mysticos de analphabetos, feitos e approvados antes da data em que começou o Codigo a obrigar.

Assim o affirma o insigne jurisconsulto

portuguez Dias Ferreira, commentador do mesmo Codigo, em a nota que faz ao art. 1764.

Eis como se expressa o mesmo autor:

....*“Já vimos julgado, por um juiz de 1.ª instancia, que era valido o testamento cerrado do individuo, que não sabia ler nem escrever, aberto depois da promulgação do Codigo, mas que tinha sido feito antes...”*

Desta sentença, refere o mesmo Dias Ferreira, na mesma nota, que houve appellação e que a Relação de Lisboa por accordam de 23 de Abril de 1873, decidiu:

....*“que era valido o testamento cerrado, feito antes do Codigo, por pessoa que não sabia ler nem escrever e aberto depois da promulgação do Codigo...”*

Que lei vigorava a respeito? que lei regia o assumpto, em Portugal, antes da promulgação do Codigo?

Ninguém o contestará: a Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.º, que os tribunaes portuguezes, portanto, declaram permittir ao analphabeto o testamento cerrado.

O mencionado e citado Dias Ferreira não concorda com o modo de decidir da Relação de Lisboa, porque o testamento de que se tratava fôra aberto depois de estar em vigor o Codigo; mas confessava que as ordenações

assim permittiam, ao analphabeto testar. A decisão da Relação de Lisboa, se fundava:

- 1.º em que o art. 1765 do Codigo manda regular a capacidade do testador pelo estado em que se achava ao tempo em que o testamento foi feito; e
- 2.º em que o art. 1762 do mesimo Codigo manda valerem os testamentos feitos anteriormente ao Codigo, si tinham as condições legaes do tempo em que foram feitos.

Portanto reconheceu e proclamou a Relação de Lisboa que o testamento mystico do analphabeto, feito ao tempo anterior ao Codigo, em que vigorava a Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1º tinha as condições legaes necessarias á sua validade.

Assim, em Portugal, foi considerado como tendo o art. 1923 do Codigo estatuido direito novo, direito bebido nas fontes francezas; que o dito art. 1923 estabeleceu a prohibição, que até então não existia, mas que todos os testamentos mysticos de analphabetos, feitos anteriormente ao Codigo, eram validos nos termos da Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.º, ainda que abertos depois de estar o codigo em vigor, pelos fundamentos e razões do accordam já citado.

São, pois, pontos estes liquidados:

- 1.º que em Portugal, apezar de opinião de Lobão, os testamentos cer-

rados sempre foram permittidos aos analphabetos, até que o Codigo os prohibiu de testarem por esta forma;

- 2.º que o art. 1923 do citado codigo não é interpretação da Ord. Liv. 4. Tit. 80 § 1., mas direito novo, *doutrina nova*, no dizer de Dias Ferreira;
- 3.º que os testamentos de analphabetos, mesmo abertos depois do Codigo, foram declarados e tidos como validos, si feitos e approvados ao tempo da Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.º

Argumenta-se ainda com o testamento do cego e si o faz com fundamento no direito romano.

Ora em direito romano o cego sempre poudes testar por qualquer fórma até a promulgação da Constituição 8.ª do Tit. 22 do Liv. VI do Codigo, pelo imperador Justino, pois segundo se lê em *Paulus*, Sent. Liv. 3.º Tit. 4 A § 4.º

“Caecus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes.”

O Imperador Justino na dita Constituição cercou de mais formalidades o testamento do cego, permittindo-lhe somente a forma nuncupativa; quanto aos analphabetos, porém, a

citada Constituição ou outra qualquer nada prohihe.

Portanto, continuaram os analphabetos com a facção testamentaria, ou capacidade testamentaria activa, que nunca lhes foi cerceada em direito romano, direito que passou a fazer parte da legislação Justinianeá e desta passou, para o direito moderno até que o Código Civil Francez, em seu art. 978, aliás reproduzindo uma ordenança anterior, prohibiu aos analphabetos de testarem pela forma mystica, prohibição que vem sendo accepta pelas legislações posteriores.

Domat foi um entusiasta desta prohibição e quiz mesmo justificá-la com o direito romano, aliás expresso em sentido contrario; mas nenhum outro autor existe que, embora apoiando e justificando semelhante disposição, não reconheça que foi uma innovação do direito francez, uma prohibição até então não existente.

Mas em França mesmo são estas, uma prohibição e opinião, muito criticadas, e, entre outros, pelo sabio e magnifico ERNEST ROGUIN, em seu *Droit Civil Comparé—Les Successions*, vol. 3. pag. 345 onde elle escreve:

“*Nous sommes incapable de saisir pourquoi une législation admettant l'acte olographe, ne ferait pas de même pour le testament mystique. En le réjetant, la législation prive la personne incapable d'écrire du droit de prendre des DISPOSITIONS CONNUES DELLE SEULE OU DU MOINS*

DELLE ET D'UN AUTRE INDIVIDU AYANT
SA CONFIANCE."

E eguaes observações, diz o mesmo Roguin, faz o autor do "*Deuxième Project de Code Belge*."

O nosso Teixeira de Freitas, consolidando o direito brasileiro, ennumerou no art. 993 quaes as pessoas incapazes de testar por qualquer forma, entre ellas não incluindo o analphabeto, e nos arts. 1055 a 1059 em que trata do testamento cerrado tambem nenhuma incapacidade estabelece para o analphabeto.

Ora o assumpto tem como regra a capacidade, sendo a incapacidade a excepção, e portanto taxativa; logo capazes de testar mysticamente são tanto os cegos como os analphabetos.

O Sr. Dr. Joaquim Gonçalves de Lima que foi Juiz dos Feitos da Fazenda em Pernambuco, ao tempo do Imperio, assim se expressou no parecer que consta de sua obra—*Miscellaneas juridicas*, § 151 pag. 139:

"quanto á primeira, sou de parecer que, á vista da legislação vigente, não é prohibido ao analphabeto fazer testamento cerrado, nem o seu testamento é nullo por esta causa."

.O nosso legislador na Ord. Liv. 4 Tit. 81, individuando as pessoas que não podem testar, não falou do anal-

phabeto, antes na Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1. tratando especialmente do testamento cerrado, permite ao analphabeto dispor de seus bens por esta especie do testamento, como se vê das palavras: e não..."

..Todo esforço que em sentido contrario fez Almeida e Souza, na 4 dissertação jurídica, que serve de supplemento ás notas ao livro 3. de Mello, não é sufficiente para trazer á convicção a quem tiver algum conhecimento da legislação patria.

Embora me pareçam judiciosas suas razões, e sejam auxiliadas pela legislação de alguns paizes, e opinião de alguns jurisconsultos, não posso convir em que a sua doutrina deve ser considerada como —JUS CONSTITUTUM —entre nós. Lamento com este jurisconsulto que o nosso legislador não tenha providenciado... mas enquanto isso não acontecer, não se pode sustentar que o analphabeto não pode fazer testamento, nem irrogar nullidade ao seu testamento. O anno p. passado foi apresentado á Assembléa Geral um projecto de lei, em que se pedia a revogação do paragrapho 1. desta Ord. na parte em que permite o testamento cerrado ás pessoas, que não sabem ler nem escrever. Isso prova que a intelligencia que no paiz se dá a lei, não é a que lhe

deram os dous signatarios da proposta."

O velho Loureiro (Lourenço Trigo) em seu Direito Civil, vol. I, § 296, nota 134, referiu-se tambem a Const. 8.^a do Código, *de Testamentis*, salientando que prohibio aos cegos testarem, salvo pela forma nuncupativa ou publica, e dizendo que foi esta uma boa cautella, mas incompleta, no seu modo de pensar, "*porquanto DEVIA ESTENDER-SE aos que não souberem ou não poderem ler, como dispoz o Cod. Civ. Fr. art. 978...*"

DEVIA ESTENDER-SE, diz elle; LOGO SE NÃO ESTENDEU, pelo que os artigos 26 e 113 do Código do Processo, p. 1.^a não prohibiram tambem aos analphabetos de testarem pela forma mystica.

O Dec. n. 2878 de 23 de Junho de 1879 declara positivamente que nem a Ord. Liv. 4.^o tit. 80, nem qualquer outra lei, prohibe aos cegos de fazer testamento cerrado, sem absolutamente distinguir entre o cego que sabe escrever e o que o não sabe, ao *cego que é incapaz de ver a cedula testamentaria* que se vae approvar, *incapaz de ver si ella é ou não a mesma que escreveu ou fez escrever*; como pois, querer com fundamento em prohibição ao cego de fazer testamento cerrado, prohibição que não existe, sustentar que o analphabeto, sendo comparavel ao cego, o não pode?

O Sr. Dr. Clovis Bevilacqua, em seu *Direito das Successões*, § 56 pag. 195 e seg. trata da capacidade testamentaria activa, e a pag. 196, in princ., escreve textualmente:

“São capazes de testar todas aquellas pessoas a que a lei não retira essa faculdade.

E, sendo as incapacidades excepções, não comportam interpretações ampliativas, senão sob a medida da mais prudente circumspecção.”

Eis ahi a opinião, do Sr. Dr. Clovis Bevilacqua que ainda, a pag. 206 salienta poder o cego fazer testamento por qualquer forma, inclusive a cerrada, chamando a attenção para a “LINGUAGEM MUITO FRANCA” do Dec. n. 2898, que tem a assignatura de um mestre, de um jurisconsulto, como o Sr. Cons. Lafayette.

E ha quem diga que nas entrelinhas desse Decreto se deve ler a prohibição ao analphabeto de testar mysticamente, quando o sr. dr. Clovis acha-o de linguagem muito franca, *dissipando todas as duvidas!*”

Tambem o Sr. Cons. Teixeira de Freitas, que não foi ahi qualquer, escrevendo sobre o assumpto, é de uma clareza que se impõe, quando, em sua Nota 14 ao § 9.º do Tratado dos Testamentos e Successões, do G. Pinto, affirma que o Decreto n. 2878 de 23 de Julho de 1879, apezar de se referir sómente ao testamento cerrado, resolve todas as duvidas e pode o cego fazer testamento por qualquer forma, escrevendo-os por si ou *por outrem a seu rogo.*

A Ordenação referida, do Livro 4. Tit. 80 § 1.º foi sempre comprehendida, entre nós,

como permittindo aos analphabetos, testarem pela forma mystica, assim tendo sido praticado em todos os tempos.

O nosso direito portanto foi sempre pela permissão aos analphabetos de testarem pela forma mystica ou cerrada; e a vez unica em que tal se contestou em juizo, segundo todos os julgados colleccionados nas diversas Revistas de jurisprudencia, como se pode vêr em Rev. de Direito, de B. Faria, vol. V, pag. 368, no accordam unanime da Primeira Côte de appellação, do Rio, confirmando a bellissima sentença que se encontra na mesma Revista e volume V a pag. 362, proferida pelo Sr. Dr. Enéas Galvão, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, a decisão foi pela validade do testamento.

De todos os projectos de Codigo Civil Brasileiro, sómente o do Sr. Dr. Coelho Rodrigues incluiu em seu texto a disposição prohibitiva do texto francez, codigo civil art. 978.

O Projecto do Sr. Dr. Felicio dos Santos trata nos arts. 1619 a 1631 do testamento cerrado; não prohibe ao analphabeto forma alguma e, o autor, em seus commetarios,, affirma que reproduziu o direito constante da Ord. Liv. 4. Tit. 80.

O projecto do Sr. Dr. Clovis Bevilacqua, em sua forma primitiva, d'elle proprio, tambem nada prohibe, como se pode ver dos arts. 1798 e 1800 e 1808 a 1811, em que se refere ao testamento cerrado e a capacidade do testador. Esse texto primitivo do Codigo foi revisto por uma commissão de jurisconsultos,

nomeada e presidida pelo Dr. Epitacio Pessoa, sendo então o segundo texto, redigido pelo professor Ernesto Carneiro, remetido ao Congresso; foi nesse segundo texto que appareceu a prohibição referida, no n. 5 do art. 1963.

Na Camara, pela Commissão dos 21, passou ella a formar um artigo especial, o 1679, que teve no Senado sua redacção modificada pelo sr. Cons. Ruy Barbosa e é hoje o art. 1641 do nosso Codigo Civil, a entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1917.

Feito assim o historico da disposição, leiamos a a discussão que a respeito houve no seio da commissão dos 21, para trabalhar com a qual foram convidados os maiores juristas brasileiros, entre elles, representantes maximos das correntes scientificas, os Srs. Cons. Dr. Andrade Figueira e Dr. Clovis Bevilacqua; a pag. 281-282 do vol. 6. dos Trabalhos da Camara, se encontra que o Sr. Dr. Andrade Figueira, depois de salientar quanto era "*cruel*" a disposição do artigo, quanto era perigosa a *innovação* de distinguir entre "*não saber ler*" e "*não saber assignar*", assim termina:

"Daria a todos o direito que elles têm pelas leis actuaes..."

E o Sr. Dr. Andrade Figueira não teve de toda aquella assembléa, illustre pelo saber, uma só contradicta de que a capacidade testamentaria activa do analphabeto era e é de facto reconhecida "*pelas leis actuaes*", em toda sua plenitude, não lhe sendo defesa forma alguma de testar.

Pelo contrario, ao ser redigido o parecer para a votação, o Sr. Relator Dr. Alfredo Pinto Vieira de Mello, nelle incluindo as reflexões do Sr. Cons. Andrade Figueira acima explanadas, escreveu a pag. 493 do mesmo vol. VI dos Trabalhos da Camara —“o Sr. Dr. Andrade Figueira apresentou as seguintes reflexões, QUE TEM TODA PROCEDENCIA.

E as transcreveu.

E' claro, pois, que a disposição do art. 1641 do nosso Codigo a entrar em vigor em 1. de Janeiro de 1917, é uma innovação que não existia nem existe no nosso direito, *actualmente* em vigor.

Mas como poderá testar o analphabeto quando o codigo estiver em vigor?

O art. 1641 lhe prohibe a forma cerrada: o art. 1635 exigindo que o testador possa *verificar pela leitura*” as disposições que dictou para que possa testar publicamente, lhe prohibe o publico; o art. 1645 n. 1 lhe prohibe o particular, sendo estas as unicas formas ordinarias de testamento que o futuro codigo reconhece.

Das formas especiaes reconhece somente o maritimo e o militar, com tantas limitações que não é possivel ao analphabeto uzar dellas, nem mesmo sendo maritimo ou militar, dado que todos os analphabetos fossem maritimos ou militares; o nuncupativo?

Mas o codigo o reconhece somente na hypothese do art. 1663, de modo que necessario será ao analphabeto ser militar e ser ferido em combate, não convalescendo dos ferimentos, para que possa testar!

Digamos, pois, como o Sr. Cons. Andrade Figueira;

..“E demais! nega-se ao analphabeto todas as formas de testar, mystica, publica, particular e nuncupativa!”

E' assim o nosso futuro Codigo! Um codigo com prohibições destas, em um paiz de analphabetos!

E' assim a nossa futura lei. Mas a actual não; a constante deste Liv. 4 das Ordenações d'El Rey D. Phelippe; a actual promulgada por um rei absoluto, ha trescentos annos, para povos ignorantes de seus direitos, atrasados em qualquer sentido, acostumados ás mais ferrenhas, ás mais rigorosas, ás mais tristes limitações de seus direitos era e é a lei justa, a lei liberal, a lei adiantada para um paiz de analphabetos, em comparação com o novissimo codigo ainda não em vigor.

A actual lei estará em vigor até 31 de Dezembro de 1916; até lá a capacidade testamentaria activa será por ella regida e os testamentos até então feitos serão em tudo validos, em tudo por ella regidos, valerão plenamente nos termos do art. 1628 do futuro codigo, porque a incapacidade superveniente não invalida o testamento efficaz, isto é, feito em forma legal e por quem tinha capacidade para fazel-o ao tempo em que foi feito.

Recife, Abril, 1916.

Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.