Elementos romanísticos da sucessão testamentária no código civil brasileiro

Myriam BENARRÓS*

Universidade de São Paulo-USP (Brasil)

I. A SUCESSÃO NO DIREITO ROMANO. BREVES CONSIDERAÇÕES

Com o termo *hereditas* os Romanos indicavam duas coisas diversas: de um lado, a soma dos bens pertencentes a um falecido no momento em que esses bens eram transmitidos a um ou mais *heredes* que subentravam nos seu lugar e adquiriam os bens; por outro lado, o termo indicava também a situação jurídica daquele que no momento da morte do cidadão, em aplicação do *ius civile*, tomava o lugar do *de cuius* em todas as relações jurídicas transmissíveis deste. O fato de alguém tomar o lugar do *de cuius* é indicado com a expressão *succedere* e *successio in ius*, a expressão para os Romanos não tem o significado de «substituição» de um sujeito com outro em uma relação jurídica qualquer, mas sim o significado de suceder em todos os direitos e obrigações. Somente os bizantinos fizeram a diferença entre essa *successio* tipicamente romana e a *successio in singulas res* por eles criada, e deram o nome de *successio in universum* ou *in universitatem*, considerando a soma das relações jurídicas do *de cuius* como unificada em um *corpus quod ex distantibus constat*¹.

O herdeiro sucedia à pessoa do defunto, tomava-lhe a posição perante a família, conforme consta de D. 50.16.24: *hereditas nihil alius est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerint* - A herança nada mais é que a sucessão em todo o direito que teve o defunto. Todos os direitos do *de cuius* se transmitiam ao herdeiro e não apenas os bens.

A sucessão na ordem jurídica romana podia decorrer da *lex*, sucessão legítima ou *ab intestato*; podia-se ter a sucessão testamentária, aquela de-

* Mestra em Direito Romano e Sistemas Jurídicos pela Universidade de São Paulo-USP, Professora da Faculdade Metropolitana de Manaus-FAMETRO.

¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Dritto Romano*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 508-509.

terminada pela feitura de um testamento, como ato de última vontade; ou podia ocorrer a sucessão *contra tabulas*, aquela feita em desacordo com as disposições do testador.

Os autores discutem sobre qual seria a sucessão mais antiga, se a legítima ou a testamentária. Segundo P. Bonfante a sucessão *ab intestato*, em tempos remotos, precedeu a sucessão testamentária, mas com o desenvolvimento da sociedade romana e o delinear-se da sua estrutura gentilícia, logo o testamento adquiriu uma importância fundamental, pois, a herança romana primitiva, pelo menos em época histórica, *i. e.*, a partir das XII Tábuas (V tab., 4-5)², não tem como escopo transmitir o patrimônio, mas sim transmitir o conjunto de poderes que constituem a soberania sobre a família, concebida como um organismo político³.

Não há dúvida que na consciência social romana o testamento tem uma importância enorme, segundo Cícero é o ato mais grave, mais solene, na vida do *civis* assim como a *lex* o é na órbita pública (*Phil.* 2,41), pois que o testamento era o instrumento utilizado para perpetuar a unidade da família sob o poder de um novo *paterfamilias*. A sucessão testamentária, portanto, em Roma apresentava-se como absolutamente normal e dificilmente um *pater* morria sem ter feito um testamento. Leciona B. Biondi que das XII Tábuas até Justiniano a sucessão testamentária prevalece sobre aquela determinada pela lei, com exceção do instituto da legítima que se consolida já no final da República (I século a. C.)⁴.

A noção jurídica de testamento, no direito romano, decorre da análise do conteúdo e da função do ato. Em época histórica o conteúdo e a função essencial do testamento consistiram na designação de um *heres*. Nesse sentido, o testamento pode ser definido como o ato de última vontade em que o *de cuius* designa um ou mais *heredes* para assumir o seu lugar em todos os seus direitos e deveres. Princípio cardeal da sucessão romana é que a sucessão ou era legítima ou testamentária, de acordo com a regra: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* - Ninguém pode morrer com uma parte testada e uma parte intestada⁵. É o princípio da incompatibilidade entre a sucessão testamentária e a legítima; ninguém poderia testar apenas sobre uma parte do seu patrimônio; uma vez

² C. G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 5.ª ed., Friburgi in Brisgavia, Libreria Academica, 1887, p. 22: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* - Se alguém morrer sem testamento, não tendo *suius heres*, que o agnado mais próximo fique com a herança. Se não houver agnado, que os *gentiles* fiquem com a herança. Ver tradução em J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 16.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 743.

³ P. BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1923, trad. fr. Jean Carrère et François Fournier, *Histoire du Droit Romain*, I, Paris, Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1928, p. 186; cf. S. A. B. MEIRA, *Instituições de Direito Romano*, São Paulo, Max Limonad, 1962, pp. 413-415.

⁴ B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 641.

⁵ Para um aprofundamento ver G. COPPOLA, «Nascita e declino dell'adagio *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», in Revista on-line *Teoria e Storia del Diritto Privato*, V (2012). Disponível em http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2012/contributi/2012_Contributi_Coppola_Adagio.pdf.

instituído o herdeiro, mesmo in *singulas res*, este adquiriria todos os bens (direito de acrescer), não se abria a sucessão *ab intestato*.

II. A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Encontramos nas fontes algumas definições de testamento. Na obra *Ulpiani Liber Singularis Regularum (Regras de Ulpiano)*, Tit. Ulp. 20.1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat* - O testamento é o testemunho justo da nossa mente, feito de modo solene para que tenha valor depois da nossa morte⁶. Definição semelhante é a de Modestino em D. 28.1.1: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* - Testamento é a justa expressão da nossa vontade com relação aquilo que cada um deseja seja feito depois da sua morte⁷. Por fim, temos a definição dada por Justiniano nas *Institutas*, I. 2.10pr⁸: *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est* - O testamento é assim chamado por ser o atestado da mente⁹.

As definições ressaltam os elementos da *voluntas* e da *contestatio/testatio/nuncupatio*, que para Ulpiano (Ulp. 20.1)¹⁰ é a vontade manifestada de forma solene perante testemunhas, relativamente àquilo que o testador determina seja feito para depois da sua morte, no âmbito do seu poder de disposição. A *testatio* ou *nuncupatio* é uma declaração de vontade que produz efeitos jurídicos feita em presença de testemunhas.

Ademais, o testamento romano apresentava algumas características¹¹:

a) É um *ato iuris civilis*, portanto, acessível somente aos *cives romani*. Os estrangeiros podiam testar segundo a própria lei. O caráter civilístico irá desaparecer com a *Constitutio Antoniniana* (212 d. C.) que concedeu a cidadania romana a todos os homens livres do Império.

b) É um *ato personalíssimo*, aliás, o mais pessoal que o ordenamento jurídico privado conheça, isso comporta que a vontade tem que ser manifestada pessoalmente, com a exclusão de qualquer intermediação. Assim sendo, os incapazes não podem testar, enquanto que por meio de representante podem cumprir os mais diversos negócios jurídicos. A pes-

⁶ *Ulpiani Liber Singularis Regularum*, in P. KRUEGER, *Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani*, Berlim, Weidmannos, 1878, p. 22, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano* (Resumo de Direito Romano), São Paulo, 1952, p. 61.

⁷ Modestino, libro II *Pandectarum*, D. 28.1.1 in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano (a doble texto, traducido al castellano del latino)*, t. III, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, 1897, p. 915.

⁸ I. 2.10pr, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, Napoli, Vincenzo Pezzuti, 1836, p. 147.

⁹ *Institutas de Justiniano*, trad. port. de Alexandre Correia, in A. CORREIA - G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1951, pp. 400-401.

¹⁰ *Ulpiani Liber Singularis Regularum*, cit., p. 22, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano*, cit., p. 61.

¹¹ B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., pp. 644-645.

soalidade do ato não exclui a intervenção de terceiros na feitura do documento, posto que se deve distinguir entre manifestação de vontade, que deverá ser pessoal, e documentação que pode ser obra de terceiros.

c) É *ato formal*, assim sendo, é necessário que a vontade se manifeste nos termos impostos pela lei; a própria definição de Ulpiano fala de *contestatio sollemniter* (Ulp. 20.1)¹². As formalidades são diferentes conforme a época histórica e segundo as diversas ordens jurídicas, visto que em Roma conviveram, diferentemente dos tempos atuais, mais de uma ordem jurídica: o *ius civile*, o *ius pretorium* e o direito dos imperadores.

d) É *ato unilateral*, sua eficácia decorre unicamente da vontade do testador não é necessário o encontro de vontades como no *pactum*, a aceitação do herdeiro não pode ser posta no mesmo plano da aceitação dos contraentes nos *pacta*; a aceitação da herança é necessária para que o herdeiro adquira a herança, mas diferentemente dos *pacta*, não é requerida para a existência jurídica do ato. Não temos aqui o encontro de vontades entre testador e herdeiro, já que a aceitação da herança será feita somente após a morte do testador, enquanto que nos *pacta* é necessário o simultâneo encontro de vontades e, por isso, a aceitação não produz efeitos se ocorrer após a morte da outra parte.

e) É *ato mortis causa*, isso acarreta que o testamento adquire consistência jurídica somente após a morte do testador.

f) É *ato revogável* no sentido de que o testador em qualquer momento da sua vida pode mudar a sua vontade, mesmo no derradeiro momento.

O testamento para ser válido, dando origem à sucessão testamentária, deverá respeitar alguns *requisitos essenciais*¹³:

1. Que o testamento seja feito de acordo com as formas exigidas.
2. Que o testador tenha capacidade para fazê-lo (o que os autores modernos denominam *testamenti factio activa*).

É necessário que o testador tenha aptidão para testar, *i. e.*, que possua a faculdade de fazer testamento, assim como a capacidade de fato para testar. O testador deverá possuir o primeiro desses requisitos desde a facção do testamento até a ocasião da sua morte, de forma ininterrupta, em princípio todos os cidadãos *sui iuris* possuíam essa aptidão; o segundo requisito deverá tê-lo apenas na feitura do testamento¹⁴.

Além da mulher, no direito romano mais antigo, quando o testamento era oral, o surdo e o mudo eram incapazes de testar, pois o mudo não podia pronunciar as palavras da *nuncupatio*, e o surdo, ouvi-las (Ulp. 20.13)¹⁵. Após o surgimento das formas escritas de testamento, o surdo e o mudo, desde que obtivessem a autorização do Imperador, po-

¹² *Ulpiani Liber Singularis Regularum, cit.*, p. 22, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano, cit.*, p. 61.

¹³ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, cit.*, p. 716.

¹⁴ *Ibid.*, p. 722.

¹⁵ *Ulpiani Liber Singularis Regularum, cit.*, p. 23, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano, cit.*, p. 65.

diam testar (D. 28.1.7)¹⁶. No direito justinianeu somente os surdos-mudos de nascença são incapazes de testar; o surdo e o mudo podiam testar, escrevendo de próprio punho as suas últimas vontades (C. 6.22.10)¹⁷.

No que concerne à capacidade de fato para testar, não a possuíam: *a)* os impúberes (Ulp. 20.12)¹⁸; *b)* os loucos (Ulp. 20.13)¹⁹, com exceção dos *furiosi*, quando em intervalos de lucidez recuperavam a capacidade de fato; *c)* os pródigos (Ulp. 20.13; D. 50.17.40)²⁰, sendo, porém, válido o testamento feito antes da interdição (I. 2.12.2)²¹, e *d)* aqueles que não tinham certeza do seu próprio *status* (D. 28.1.14-15)²².

3. Que a pessoa a ser instituída herdeira tenha capacidade para sê-lo (o que modernamente, se designa com a expressão *testamenti factio passiva*).

Podia ser instituído herdeiro nos testamentos: *a)* a pessoa física, com as devidas limitações impostas pelo ordenamento romano; *b)* o nascituro; *c)* a pessoa jurídica, e *d)* a divindade²³.

No que tange às pessoas físicas não possuíam a *testamenti factio passiva*: *a)* as mulheres que primitivamente tinham plena capacidade para suceder por testamento, mas a partir da Lex Vocônia²⁴, de 169 a. C., não podiam ser instituídas herdeiras em testamento de cidadão romano que estivesse inscrito na primeira classe do censo; essa lei caiu em desuso na época imperial; *b)* as pessoas incertas; *c)* os *intestabiles*; *d)* a partir do imperadores cristãos os heréticos, os apóstatas e os maniqueus, e *e)* no direito pós-clássico, perdia a capacidade de suceder por testamento a viúva que, dentro de um ano da morte do marido, tornasse a casar (C. 5.9.1)²⁵; Justiniano estabeleceu, ainda, a mesma restrição àquela que desse à luz, nesse ano, a filho ilegítimo (Nov. 39.2)²⁶. A jurisprudência romana, no direito clássico, gradativamente concedeu a *testamenti factio passiva* aos *postumi*, com exceção dos *postumi alieni* (Gai 1.147; 2.241-242)²⁷, *i. e.*, os que nasciam fora da família do testador, contudo, o direito pretoriano lhes concedia a *bonorum possessio secundum tabulas* (D. 37.11.3)²⁸;

¹⁶ Emilio Macer, libro I *ad Legem vicesimam hereditatum*, D. 28.1.7, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. II, *cit.*, p. 336.

¹⁷ C. 6.22.10, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, p. 52.

¹⁸ *Ulpiani Liber Singularis Regularum*, *cit.*, p. 23, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano*, *cit.*, p. 65.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*; Pompônio libro 34 *ad Sabinum*, D. 50.17.40, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. III, *cit.*, p. 948.

²¹ I. 2.12.2, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, pp. 160-161.

²² Paulo libro II *Regularum*, D. 28.1.14; Ulpiano libro XII *ad Edictum*, D. 28.1.15, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. II, *cit.*, p. 337.

²³ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, *cit.*, pp. 725-727.

²⁴ Gai 2.274, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, *cit.*, p. 617.

²⁵ C. 5.9.1, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. IV, Barcelona, 1892, p. 576.

²⁶ Nov. 39.2, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Novelle e Indici*, vol. 10, Napoli, 1862, p. 88.

²⁷ Gai 1.147; Gai 2.241-242, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 560; p. 611.

²⁸ Paulo libro XLI *ad Edictum*, D. 37.11.3, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. III, Barcelona, 1897, p. 59.

I. 3.10pr²⁹). O direito de Justiniano estabeleceu que qualquer *postumus* tinha a *testamenti factio passiva* (C. 6.48.1)³⁰.

Quanto à *testamenti factio passiva* das pessoas jurídicas³¹ a maioria dos autores entende que desde os tempos mais remotos o *Populus Romanus* podia ser instituído herdeiro; o mesmo não ocorria com os *municipia*, as *civitates* e as colônias que eram consideradas, em princípio, *persone incertae* e, portanto, incapazes de serem instituídas herdeiras³². Assinala, porém, Ulpiano que um *senatusconsulto* admitiu que elas pudessem ser instituídas herdeiras por seus libertos³³. O direito imperial, de Constantino a Justiniano, estabeleceu, paulatinamente, a *testamenti factio passiva* das *civitates*, das Igrejas, das *operae piae*; Justiniano, enfim, estendeu-a a todas as corporações lícitas³⁴.

4. Que haja a instituição de herdeiro.

A instituição de herdeiro, a *heredes institutio*, podia constar somente em um testamento; não existe testamento sem *heredes institutio*, nem essa sem aquele. Essa foi qualificada pelos juristas antigos como *caput et fundamentum totius testamenti* —o início e o fundamento de todo o testamento—, porque o testamento tinha que iniciar com a instituição do herdeiro, qualquer disposição anotada antes da *heredes institutio* se considerava *pro non scripta*, contudo, essa regra foi abrandada com o tempo e com Justiniano perdeu totalmente o seu valor³⁵.

A instituição de herdeiro tinha que ser feita de forma explícita indicando-se com clareza o destinatário do título de *heres*, devia-se usar a forma imperativa do verso *ser*; esse rigor formal se atenuou durante a época clássica e foi abolido pelo imperador Constâncio (C. 6.23.15)³⁶. A instituição de herdeiro podia conter uma condição suspensiva, mas jamais uma condição resolutiva ou um termo final, incompatíveis com o princípio *semel heres semper heres*; nesses casos, o termo e a condição resolutiva se consideravam como *pro non scriptis*³⁷.

5. Que o testamento seja eficaz, e não tenha sido revogado pelo testador.

III. AS MODALIDADES DE *TESTAMENTUM*

Para o estudo dos testamentos é preciso ter em vista as diversas fases por que passou o Direito Romano, desde a fundação de Roma (753 a. C.)

²⁹ I. 3.10pr, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., pp. 274-275.

³⁰ C. 6.48.1, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Codice*, vol. IX, Napoli, 1861, pp. 258-259.

³¹ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 726.

³² *Ulpiani Liber Singularis Regularum*, cit., p. 24, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano*, cit., p. 69.

³³ *Ibid.*

³⁴ C. 6.48.1, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Codice*, cit., p. 259.

³⁵ M. MARRONE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 380.

³⁶ C. 6.23.15, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Codice*, cit., pp. 103-104.

³⁷ M. MARRONE, *Manuale*, cit., pp. 110-113; p. 381.

até a morte de Justiniano (565 d. C.): *a*) o período pré-clássico; *b*) o período clássico; *c*) o período pós-clássico até Justiniano.

A. *Período pré-clássico.* Nesse período encontramos três formas de testamento: o testamento *calatis comitiis*; o testamento *in procinctu* e o testamento *per aes et libram*.

O testamento *calatis comitiis* é a modalidade mais antiga de testamento conhecida pelos Romanos, realizava-se em tempo de paz perante os *comitia curiata*, sob a presidência do Sumo Pontífice, tais assembleias por cúrias se reuniam duas vezes por ano; a segunda modalidade se realizava diante do povo reunido em ordem de batalha, que atuava como testemunha. O testamento *calatis comitiis* desapareceu com o desaparecimento dos *comitia curiata* e aquele *in procinctu* entrou em desuso no século I a. C.

À essas antigas formas de testamento se acrescenta na prática uma nova modalidade que lentamente irá adquirir uma grande importância, eliminando com o tempo as formas mais arcaicas, o testamento *per aes et libram*. No entender de Gaio (Gai 2.101;102; 103)³⁸, esse novo instrumento surge da dificuldade em que se encontrava alguém quando às portas da morte, em tempo de paz, não tendo feito o testamento, não lograva testar fora dos dois dias por ano em que se reuniam os comícios por cúrias.

O testamento *per aes et libram* passa por duas fases distintas: a primeira consubstanciada na *mancipatio familiae* (de origem primitiva) através da qual o *civis*, sentindo-se prestes a morrer, dispunha dos seus bens através da *mancipatio* (venda) do próprio patrimônio a um amigo (*familiae emptor*), ao qual confiava os próprios bens com o encargo de executar as suas disposições de última vontade. A *mancipatio familiae*³⁹ era um ato que se apresentava como uma transmissão universal do patrimônio e era regulamentado pelo regime da *mancipatio* (modo solene de aquisição do direito de propriedade sobre as *res Mancipi*, de que participam um *libripens*, com a balança, e cinco testemunhas); o adquirente não era *heres*, mas, segundo Gaio, era considerado como tal, na realidade, era antes ele um executor do testamento do que um herdeiro⁴⁰. Não podiam ser *familiae emptor*, nem o *libripens*, nem a testemunha, o mudo, o surdo, o *furiosus* (salvo nos intervalos de lucidez), o pupilo e a mulher⁴¹.

A segunda fase é caracterizada pelo surgimento, a partir da *mancipatio familiae*, do testamento *per aes et libram* em que há a instituição de um herdeiro; esta modalidade de testamento será reconhecida pelo *ius civile*

³⁸ Gai 2.101; 102; 103, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., p. 584.

³⁹ Segundo J. C. Moreira Alves não era propriamente uma forma de testamento, mas um expediente de que se servia a pessoa próxima a morrer e que queria testar, não podendo utilizar-se do testamento *calatis comitiis* nem do *in procinctu*. Ver J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 717.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 717-718.

⁴¹ E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1972, pp. 739-743; cf. B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., pp. 645-647.

durante toda a época clássica. Esse testamento é assim denominado porque segue o rito da *mancipatio*: ocorre a presença de 5 testemunhas, do *libripens* e do *familiae emptor*. O rito é essencialmente oral, como toda *mancipatio*, porém, quando o efeito do ato se desloca da *mancipatio* para a *nuncupatio*, *i. e.*, a declaração oral, admitiu-se que o testador, ao invés, de declarar oralmente a sua vontade pudesse redigir as suas disposições por escrito e pudesse apresentar as *tabulas* às testemunhas, declarando oralmente que nestas estava contido o seu testamento (Gai 2.104)⁴², como confirmação das disposições nele contidas. Dessa forma o princípio da oralidade era respeitado, mas, dava-se modo ao testador de manter secretas as suas disposições⁴³. O testamento *per aes et libram* foi inicialmente oral, tornando-se, posteriormente, escrito, sendo certo, como assevera J. C. Moreira Alves, «que este tem sobre o primeiro duas vantagens: a de ser mais fácil de provar, e a de, nele, poder o testador deixar em segredo as disposições testamentárias»⁴⁴.

B. *Período clássico*. No período clássico ao lado do testamento *per aes et libram* em que a *mancipatio* tinha se tornado uma mera formalidade mantida pelo respeito à tradição, e que nos atos que integravam a *nuncupatio* o essencial era a apresentação, pelo testador, das tábuas escritas às cinco testemunhas, ao *libripens* e ao *familiae emptor*, surge por obra do pretor um testamento válido *iure pretorio*: a *bonorum possessio secundum tabulas* (posse dos bens segundo as tábuas do testamento). Como é notório, os pretores muito contribuíram para o desenvolvimento da ordem jurídica romana, buscando flexibilizar a rigidez do *ius civile* (decorrente da *lex*), no âmbito dessa função atualizadora devemos inserir a criação, por parte do pretor, da *bonorum possessio* que visa validar um testamento que por questões formais poderia não ser admitido como válido segundo o *ius civile*.

Embora o pretor *heredes facere non potest* (não pode criar herdeiros), porquanto *heres* somente era a pessoa a quem o *ius civile* atribuía tal título com os direitos dele decorrentes, podia ele conceder a posse dos bens à pessoa designada pelo testador, segundo as tábuas do testamento não válido para o *ius civile*. A *bonorum possessio secundum tabulas*, inicialmente, foi *sine re*, portanto, se o herdeiro legítimo reclamasse a herança alegando que aquele testamento não era válido pelo *ius civile*, o pretor não protegia o *bonorum possessor*, que perdia a herança para o herdeiro legítimo, descumprindo-se, assim, a vontade do testador. O imperador Antonino Pio (138-161 d. C.) admitiu que o *bonorum possessor* se defendesse do herdeiro legítimo com a *exceptio doli mali* (Gai 2.120)⁴⁵, pois, concedia-se ao *bonorum possessor* o direito de permanecer na posse dos bens contra a pretensão do herdeiro legítimo, a partir dessa concessão a *bonorum possessio* passou a ser *cum re*⁴⁶.

⁴² Gai 2.104, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 585.

⁴³ B. BIONDI, *Istituzioni*, *cit.*, pp. 647-648.

⁴⁴ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, *cit.*, p. 719.

⁴⁵ Gai 2.120, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 588.

⁴⁶ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, *cit.*, p. 719.

O testamento pretório se apresenta como uma simplificação do testamento *per aes et libram*, desaparece o ritual da *mancipatio* e o pretor concede a *bonorum possessio* àquele que é indicado como herdeiro em um documento subscrito por 7 testemunhas (Gai 2. 119; 147)⁴⁷, *i. e.*, o mesmo número de pessoas que intervinham na *mancipatio* (5 testemunhas, o *libripens* e o *familiae emptor*). Os dois testamentos coexistem na época clássica; inicialmente, prevalece o herdeiro indicado no testamento civil, posteriormente, após a legislação de Antonino Pio, passa a prevalecer o herdeiro indicado no testamento pretório em relação aos herdeiros legítimos (*ab intestado*); ademais, se coexistissem os dois testamentos se aplicava o princípio de que o testamento posterior revogava o testamento anterior (D. 28.3.2⁴⁸)⁴⁹.

C. *Período pós-clássico*. Na época pós-clássica a lei tenta compor o dualismo entre testamento pretório e testamento civil, e principalmente se elimina qualquer resíduo de formalismo. A legislação imperial anterior ao ano 439 não trouxe, porém, nenhuma mudança no sistema testamentário vigente, fala-se, ainda, de testamento civil e testamento pretório. Os autores, porém, discutem quais fossem os elementos nessa época para se classificar um testamento em uma ou em outra categoria; alguns entendem por testamento civil aquele elaborado com a assistência de 5 testemunhas e testamento pretório o realizado com a assistência de 7 testemunhas; segundo outros autores, seria o testamento civil aquele oral e testamento pretório aquele escrito.

No direito pós-clássico o testamento *per aes et libram* e o testamento pretório caem em desuso e são substituídos por outras formas:

- a) o testamento privado em que não há interferência de autoridade pública;
- b) os testamentos públicos que surgem nesse período, em que há participação de autoridade pública.

São testamentos privados: o testamento nuncupativo (declaração oral do testador na presença de, inicialmente, 5 testemunhas, e posteriormente 7 testemunhas), o testamento hológrafo e o testamento *tripertitum*. São testamentos públicos: o *testamentum apud acta conditum* e o *testamentum oblatum principi*⁵⁰.

Em 439, Teodosio II e Valentiniano III (v século), já na época do império dividido, determinaram que fosse válido qualquer testamento com a presença de 7 testemunhas, salvo o caso da instituição de herdeiros legítimos em que teria validade também um *testamentum imperfectum*.

⁴⁷ Gai 2.119; 147, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 587; p. 593.

⁴⁸ Ulpiano, libro II *ad Sabinum*, D. 28.3.2, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. II, *cit.*, p. 351: «*Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest: tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur*».

⁴⁹ B. BIONDI, *Istituzioni*, *cit.*, p. 648.

⁵⁰ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, *cit.*, pp. 719-720.

Os mesmos imperadores, em 446, determinaram que o testamento escrito do próprio punho do testador, mesmo sem a presença de testemunhas, seria considerado válido; essa disposição foi acolhida pela legislação dos borgúndios, a *Lex Burgundionum*, mas não foi inserida no *Corpus Iuris Civilis* por Justiniano. Trata-se do testamento hológrafo, instituto vigente no direito medieval e acolhido em códigos modernos.

No que concerne às formas públicas os Imperadores Honório e Teodósio II (C. 6.23.19)⁵¹, em 412, e Valentiniano III, em 449, reconheceram plena validade testamentária às disposições de última vontade feitas *apud acta conditum*, i. e., uma declaração verbal que o testador fazia ao juiz ou à autoridade municipal, que a reduzia a termo. Além disso, Valentiniano reconheceu a eficácia do testamento entregue ao imperador; esse testamento, denominado *principi oblatum*, é aquele em que o testador apresenta ao príncipe testamento escrito que é confiado ao *magister libellorum*, para conservá-lo no seu arquivo⁵².

Por fim, o Imperador Justiniano reordena a matéria testamentária, reunindo em um só testamento as disposições do *ius civile*, do *ius honorarium* e das constituições imperiais, tal testamento, portanto, foi denominado *tripertitum* (I. 2.10.3)⁵³. Com efeito, do *ius civile* decorre a necessidade de que esse testamento seja feito de uma vez só, sem interrupção (*uno contextu*)⁵⁴; do *ius honorarium* surge a necessidade da presença de 7 testemunhas e a aposição de seus selos; e das constituições imperiais, a *subscriptio* do testador e das testemunhas. Podemos assim conceituar o *testamentum tripertitum* como o testamento escrito e apresentado a sete testemunhas, que a ele apõem, juntamente com a o testador, suas *subscriptiones*, e, em seguida, apenas as testemunhas colocam nele seus selos⁵⁵.

O testamento *tripertitum* podia ser nuncupativo ou escrito. O testamento nuncupativo consistia em uma declaração oral, instituindo o próprio herdeiro, feita por um sujeito com *testamenti factio activa* na presença de 7 testemunhas, convocadas para esse escopo. A segunda espécie de testamento *tripertitum* consistia na apresentação a 7 testemunhas, feita sempre por um sujeito com *testamenti factio activa*, de um documento escrito, em que o sujeito declarava ser o documento o seu testamento, devendo assiná-lo perante as testemunhas, as quais subscreviam, contextualmente, e colocavam os seus selos. Não havia nenhuma importância o fato de que as testemunhas conhecessem ou não o conteúdo do documento⁵⁶.

⁵¹ C. 6.23.19, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, cit., pp. 56-57.

⁵² E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, cit., p. 748.

⁵³ I. 2.10.3, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., p. 149.

⁵⁴ Ulpiano, libro II *ad Sabinum*, D. 28.1.21.3, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. II, cit., p. 339: § 3. «*Uno contextu actus testari oportet; est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere; quod (si) aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur*».

⁵⁵ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 720.

⁵⁶ E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, cit., p. 749.

IV. FORMAS ESPECIAIS DE TESTAMENTO

O Direito Romano, ao lado das formas ordinárias de testamento, previu algumas formas especiais de testamento, utilizadas excepcionalmente, com formalidades mais simples que nos testamentos ordinários⁵⁷.

São elas:

1. TESTAMENTO MILITAR (*testamentum militum*). Nesta forma de testamento temos a dispensa de importantes regras que disciplinavam a sucessão testamentária. Gaio (I. 2.11pr.; Gai 2.114)⁵⁸ tratando da validade do testamento afirma que primeiramente se deve perquirir se o testador tem capacidade para testar; verificando-se a capacidade se confirma o respeito às formalidades impostas pelo direito civil, «*exceptis militibus, quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere* - exceptuados os militares, aos quais, em razão da grande inexperiência, como dissemos, é permitido testar como quiserem e puderem»⁵⁹. Assim sendo, nessa forma de testamento algumas incapacidades não invalidam o ato: o *filius familiae* pode testar quanto ao *peculium castrense*; o testamento do *miles* cujo *status* é incerto é válido; alguns incapazes *iure communi*, tais como os latinos e estrangeiros, podem receber herança e legado do militar. Não se aplica ao testamento militar o princípio cardeal da sucessão testamentária romana «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* - ninguém pode falecer em parte *testatus*, e, em parte, *intestatus*», logo, em relação ao militar pode-se abrir contemporaneamente a sucessão testamentária e a legítima. As concessões imperiais, partindo da *simplicitas* do militar, inicialmente, diziam respeito somente à forma.

No decorrer de toda a época clássica se aplica aos militares essa forma extraordinária de testamento. Destarte, o soldado de terra e de mar durante o serviço ativo podia testar através dessa forma simplificada, sendo válido o testamento até um ano após a baixa. Com Justiniano o *testamentum militum* vale somente para os militares *in expeditionibus occupati*, aqueles que se encontram efetivamente em campanha bélica, podendo esses testar sem quaisquer formalidades⁶⁰.

2. TESTAMENTO EM TEMPO DE PESTE (*testamentum pestis tempore*). Em consideração da propagação da peste, permitiu-se a elaboração de testamentos *tempori pestis conditum*. Não se exigia a presença simultânea de testemunhas ao ato, enquanto que nos testamentos ordinários era necessária a presença das testemunhas *uno contextu* (C. 6.23.8)⁶¹.

⁵⁷ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 721.

⁵⁸ I. 2.11pr.; Gai 2.114, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., pp. 134-135; p. 587.

⁵⁹ *Institutas de Gaio*, trad. port. de Alexandre Correia, in A. CORREIA - G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, cit., p. 101.

⁶⁰ B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., pp. 650-651.

⁶¹ C. 6.23.8, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, cit., p. 54

3. TESTAMENTO FEITO NO CAMPO (*testamentum ruri conditum*). Elaborava-se no campo ou em lugar afastado, remoto, onde as formalidades requeridas não podiam ser satisfeitas. Para essa espécie de testamento determinou o imperador Justiniano que era suficiente a presença de 5 testemunhas (C. 6.23.31)⁶².

4. TESTAMENTO DE PAIS PARA FILHOS (*testamentum parentum inter liberos*). O imperador Constantino iniciou a regulamentação desse testamento que foi ultimada pelo imperador Justiniano. Estabeleceu-se que, quando os pais, em documento escrito por eles mesmos, determinassem a sucessão de seus bens em favor dos filhos não havia necessidade de testemunhas (Nov. CVII)⁶³.

Por motivos de segurança jurídica se disciplinou os seguintes testamentos com formalidades específicas⁶⁴:

1. TESTAMENTO DO CEGO. Nessa forma de testamento além das 7 testemunhas previstas para os testamentos ordinários é necessária a presença de um público oficial, o *tabularius*, o qual redige um ato contendo a vontade do testador ou senão a presença de uma oitava testemunha (C. 6.22.8⁶⁵ do imperador Justino; I. 2.12.4⁶⁶).

2. TESTAMENTO DO ANALFABETO. No direito clássico o analfabeto somente podia fazer testamento nuncupativo; no período pós-clássico, admitiu-se que o testamento fosse redigido na presença de uma oitava testemunha, que o subscreve em lugar do testador (C. 6.23.21.1)⁶⁷.

3. TESTAMENTO DO SURDO-MUDO. No direito de Justiniano, o ato deve ser redigido pelo próprio surdo-mudo.

V. INEFICÁCIA, INVALIDADE E REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO

O testamento, em princípio, tem que ser *iustum, i. e.*, ter cumprido todas as formalidades impostas pelo direito.

1. *TESTAMENTUM DESERTUM OU DESTITUTUM*. A ineficácia não se confunde com a invalidade, pois é ineficaz o testamento que, embora válido, não produz seus efeitos em virtude de o herdeiro instituído não aceitar a herança por um dos seguintes motivos⁶⁸:

a) ter morrido antes do testador que, apesar disso, não fez outro testamento;

b) ter falecido depois de morto o testador, mas antes de aceitar a herança;

⁶² C. 6.23.31, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, pp. 64-65.

⁶³ Nov. CVII, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Novelle e Indici*, vol. 10, *cit.*, p. 169.

⁶⁴ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, cit.*, pp. 721-722.

⁶⁵ C. 6.22.8, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, p. 50.

⁶⁶ I. 2.12.4, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 161.

⁶⁷ C. 6.23.21.1, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, p.58.

⁶⁸ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, cit.*, p. 736.

- c) ter perdido a *testamenti factio passiva*, quando da abertura do testamento, ou da aceitação da herança;
- d) ter-se frustrado a condição, no caso de *heredis institutio* condicional;
- e) ter renunciado a herança.

2. TESTAMENTO INVÁLIDO. O testamento inválido pode ser nulo ou anulável; testamento nulo é aquele que nos termos do *ius civile* não produz efeitos jurídicos em decorrência de causas originárias, existentes no momento da elaboração do testamento, ou supervenientes, ocorridas depois de feito o testamento, que o invalidam.

2.1. *Testamentum injustum* ou *non iure factum*. O testamento *injustum* é aquele a que falta algum elemento essencial para a sua validade; o defeito surge com o próprio testamento. São causas originárias as seguintes⁶⁹:

- a) defeitos de forma, v. g., número inferior de testemunhas ao previsto pelo direito;
- b) falta de *testamenti factio ativa*, incapacidade do testador para testar;
- c) falta de *testamenti factio passiva*, i. e., incapacidade do herdeiro ser instituído herdeiro;
- d) preterição, no testamento, de um *suus heres*, que somente pode deixar de ser contemplado, se houver, no testamento, uma cláusula de deserdação.

2.2. *Testamentu irritum*. Se o testador sofria uma *capitis deminutio* o testamento por ele feito tornava-se nulo, pois, a *capitis deminutio* afetava o seu estado e, por conseguinte, a sua personalidade; se o testador, antes da morte, recuperasse o estado que possuía no momento da feitura do testamento o pretor, embora para o direito civil o testamento continuasse sendo nulo, concedia ao herdeiro instituído a *bonorum possessio secundum tabulas*.

2.3. *Testamentum ruptum*. O testamento *ruptum* se verificava em duas hipóteses: 1) quando havia revogação; 2) quando surgia, depois da elaboração do testamento, um *suus heres* do testador, o qual não tinha sido instituído herdeiro, ou não tinha sido deserddado, no testamento.

3. *TESTAMENTUM INOFFICIOSUM*. Quando o testador instituía herdeiros pessoas que eram estranhas à família, desconsiderando parentes próximos, como os filhos, sem causa justificada, dizia-se que o testamento era inoficioso, por faltar por parte do testador, a *pietas erga suos*. A deserdação antecede historicamente o testamento inoficioso, pois, no *ius antiquum* a liberdade do testador era ampla, podia ele instituir ou não os parentes próximos herdeiros ou deserddá-los. O sistema do *ius civile* e pretório proibia a *praeteritio* dos *sui* e dos emancipados, pois esses ti-

⁶⁹ *Ibid.*

nham que constar, necessariamente, no testamento na qualidade de *heredes*, mas não atribuía a esses o direito à sucessão do *pater*, já que podiam ser excluídos com uma simples deserdação, sem qualquer limitação do poder de deserdar. Tal sistema não previa nenhuma legítima ou reserva a favor dos *sui*. No final da República, surge a necessidade de se colocar limites ao poder de disposição do testador; quando se tratava de parentes próximos, considerou-se não conforme ao *officium* (dever) o testamento em que o *de cuius* não contemplava, injustificadamente, os parentes próximos, denominando-se tal testamento *inofficiosum*⁷⁰.

A *querela inofficiosi testamenti* foi um instrumento substancial para a atuação de uma sucessão contra o testamento em favor dos parentes próximos do testador, excluídos por esse. Esse instrumento foi se afirmando a partir da ação dos oradores que peroravam a causa dos clientes diante do tribunal dos *centumviri* que possuíam a competência para julgar a matéria hereditária. Esses alegavam a condição de enfermo de mente do testador que sem uma motivação séria, violando o dever de afeição pelos familiares mais próximos (*officium pietatis*), tivesse excluído o filho ou um parente próximo da própria sucessão. Os *centumviri*, sensíveis às instâncias da consciência social que condenava o testamento inoficioso, contrário ao *officium pietatis*, começaram a considerar nulo *sub colore insaniae* tal testamento, embora válido *iure civili*, salvo se os *sui*, não instituídos herdeiros, fossem deserdados⁷¹. A *querela inofficiosi testamenti* representa o precedente histórico do instituto moderno da legítima. Os sujeitos que no Direito Romano eram legitimados ativamente a utilizar a querela correspondem, hoje, grosso modo, aos herdeiros legítimos⁷².

VI. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS ROMANÍSTICOS

A. Saraiva da Cunha Lobo anotava na *Introdução* a sua obra *Curso de Direito Romano*, publicada em 1931, que se passarmos em revista os 1.807 artigos do Código Civil, tratava-se do Código Civil de 1916, verificaremos que mais de quatro quintos deles, ou seja, 1.445 artigos, são produtos de cultura romana, ou diretamente aprendidos nas fontes da organização justinianeia ou indiretamente das legislações que ali foram nutrir-se largamente, como aconteceu a Portugal, a Alemanha, a França e a Itália, que fizeram do Direito Romano o manancial mais largo e mais profundo para mitigar a sua sede de saber⁷³.

⁷⁰ S. A. B. MEIRA, *Instituições de Direito Romano*, cit., pp. 479-480; cf. B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., pp. 719-722.

⁷¹ M. MARRONE, *Manuale*, cit., p. 383.

⁷² *Ibid.*, p. 385.

⁷³ A. S. DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano. História, sujeito e objeto do direito. Instituições jurídicas*, vol. 78, Edições do Senado Federal, Brasília, Senado Federal-Conselho Editorial, 2006, p. 17.

M. Reale, supervisor da Comissão Supervisora e Elaboradora do Código Civil, promulgado em 2002, discorrendo sobre a estrutura do código informa que foi fixado o critério de preservar, sempre que possível, as disposições do Código Civil de 1916, porquanto, de certa forma, cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas; há, por conseguinte, um saber jurídico acumulado ao longo do tempo que aconselha a manutenção do válido e eficaz, ainda que em novos termos, sendo inegável a necessidade de substituição das disposições que não mais correspondam aos valores ético-jurídicos da época atual⁷⁴. Assim sendo, o Código de 2002 atualiza o Direito Civil brasileiro positivado às novas exigências da sociedade brasileira, porém, mantém a nossa tradição jurídica que afunda suas raízes no direito romano.

1. Natureza jurídica do testamento

O Código Civil atual não traz um conceito ou definição de testamento, diferentemente, o Código de 1916 dispunha no seu art. 1.626 que testamento é «o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte». Releva Z. Veloso que o legislador de 1916 forneceu uma definição de testamento inapropriada, pois, a norma contida no art. 1.626 restringe o conteúdo do testamento a uma manifestação de vontade com o fito único de dispor sobre o patrimônio do testador, quando na realidade o testamento podia, na vigência daquele código, conter outras disposições não de caráter patrimonial. A definição do jurista Modestino é mais ampla do que aquela dada pelo Código Civil de 1916 ao negócio jurídico do testamento; interessante notar que a definição de Modestino (D. 28.1.1: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* - Testamento é a justa expressão da nossa vontade com relação aquilo que cada um deseja seja feito depois da sua morte) pode ser apontada como insuficiente para o direito romano, que considerava como função essencial do testamento a instituição de herdeiro, mas se adapta, perfeitamente, ao entendimento hodierno do que é e do que pode ser objeto de disposição de última vontade⁷⁵.

O Código Civil de 2002, por sua vez, não define expressamente o testamento, mas positiva algumas de suas características em seus artigos 1.857 e 1.858. O testamento, como ocorria no Direito Romano, é ato jurídico unilateral, pois, o momento do seu aperfeiçoamento é aquele em que o autor da herança declara a sua vontade, na forma da lei, dispondo, des-

⁷⁴ M. REALE, «Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro», in *Série Cadernos do CEJ*, vol. 20, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2002. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>; Id., *O novo código civil e seus críticos*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/nccc.htm>.

⁷⁵ Z. VELOSO, *Testamentos*, Belém, CEJUP, 1993, pp. 22-23.

ta maneira, sobre a própria sucessão. A elaboração do testamento exige a presença do testador, admitindo-se a participação indireta de terceiro para fins de orientação sobre a feitura do testamento, por conseguinte, o testamento é um ato unilateral e personalíssimo⁷⁶.

Quanto à natureza jurídica do instituto, deve-se sublinhar que outras características também advêm do direito romano, já que o testamento é um negócio jurídico⁷⁷:

a) *Mortis causa*, só produz efeitos após a morte do testador, antes dela o negócio é válido, mas ineficaz.

b) *Formal*, pois, a lei impõe formalidades necessárias à validade desse negócio jurídico, cuja falta acarreta a nulidade do testamento nos termos do art. 166, IV e V. O testamento, portanto, é um ato formal, rigorosamente formal e solene, nele a vontade e a forma se integram e se fundem, resultando um todo indivisível. Essa característica vem do direito antigo, já que a validade do testamento está condicionada a formas e tipos prescritos na lei. Z. Veloso ensina que as solenidades que a lei exige são substancialíssimas e impostergáveis, sob pena de nulidade; tais solenidades testamentárias visam garantir a segurança e a autenticidade da manifestação de vontade do testador, vontade essa que vai ter eficácia quando o seu autor não mais existe⁷⁸. Observa, porém, o jurista paraense que muitas vezes a causa dessa exigência a vontade do *de cuius* não é cumprida, comportando um aparente conflito posto que as formalidades são previstas para assegurar a vontade do testador, vontade esta, todavia, que é desconstituída e sacrificada porque não se observou algumas dessas formalidades. Diante desse conflito já os pretores e, posteriormente, o direito imperial buscaram soluções para atenuar o rigor do *ius civile*, ocorrendo o mesmo atualmente, visto que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais tentam atenuar este rigor para que a vontade do morto possa ser cumprida⁷⁹; em muitos casos o cumprimento do testamento tem sido ordenado sob o argumento de que entre o rito e o Direito, é este que deve prevalecer, libertando-se o juiz do fetichismo da forma, fazendo vencer o conteúdo, se não se levantarem objeções razoáveis contra este. Cumpre lembrar que desde o Direito Romano se entende que a vontade do testador deve prevalecer sobre a sucessão legítima, embora dentro dos limites impostos pelo ordenamento⁸⁰.

Trata-se do *favor testamenti*⁸¹. O *favor testamenti* é o princípio mais geral e característico em que se inspirou a jurisprudência romana para salvar o testamento e para respeitar a *voluntas mortis causa* do testador,

⁷⁶ F.J. CAHALI-G.M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito das Sucessões*, São Paulo, RT, 2007, p. 217.

⁷⁷ F. TARTUCE-J.F. SIMÃO, *Direito Civil*, São Paulo, Método, 2007, pp. 264-265.

⁷⁸ Z. VELOSO, *Testamentos*, cit., p. 35; ID., *Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Do Direito das Sucessões*, vol. 21, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 15-21.

⁷⁹ Z. VELOSO, *Testamentos*, cit., pp. 35-36.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁸¹ F. TARTUCE-J. F. SIMÃO, *Direito*, cit., p. 268.

sempre com o objetivo de evitar a abertura da sucessão *ab intestato*⁸². G. Hironaka tratando dos requisitos do testamento particular ensina que é requisito essencial dessa forma de testamento que o testador o redija pessoalmente e sozinho, pois, nulo será o testamento particular cuja escrituração tenha sido produzida, no todo ou em parte, por terceiro. Contudo, parte da doutrina privilegiando o princípio do *favor testamenti* e o respeito pela *voluntas mortis causa* não leva as causas de nulidade a um estágio tão radical, já que tende a desconsiderar eventual mínima e insignificante interferência de outrem como algo suficiente para invalidar o ato⁸³. É notório que os aspectos formais foram essenciais nos atos jurídicos no Direito Romano mais antigo, porém, a rigidez do *ius civile* foi, paulatinamente, amenizada pelo *ius honorarium* e, posteriormente, pelo direito imperial; em matéria sucessória, *v. g.*, o imperador Constantino, através da constituição C. 6.23.15⁸⁴, aboliu a solenidade das palavras, mantendo a validade dos testamentos em que a formalidade não era respeitada, mas a vontade do *de cuius* pudesse ser auferida de forma clara, independentemente de erros na fórmula proferida.

Seria, hoje, inconcebível admitirmos a extensão que os Romanos deram ao *favor testamenti*, todavia, o art. 1.878, parágrafo único⁸⁵, e o art. 1.879⁸⁶ do atual Código Civil aplicam claramente o princípio do *favor testamenti* na medida em que possibilitam, a critério do juiz, a validade de um testamento com desrespeito de formas previstas em lei. Note-se que o art. 1.879 trata do testamento hológrafo, aquele escrito de próprio punho pelo testador, que no Direito Romano foi admitido por uma constituição de Valentiniano III, mas não foi acolhido por Justiniano no *Corpus Iuris Civilis*⁸⁷.

c) *Revogável* porque o testador pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento. O art. 1.858 do Código civil dispõe que o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo, aplica-se aqui o conceito de *testamentum ruptum* (D. 34.4.4)⁸⁸ pelo qual o testador podia a qualquer momento, até a sua morte, revogar um testamento já validamente feito. M. Marrone, tratando da revogação, no Direito Romano, leciona que o testamento é um ato de última vontade que pode ser mudada até o último instante de vida⁸⁹. Z. Veloso, por seu lado, comentando os artigos 1.746 e 1.747 do Código de 1916 (cuos textos foram reproduzidos no Código de 2002 nos artigos 1.969 e 1.970) que dispunham que o

⁸² Z. VELOSO, *Testamentos, cit.*, p. 37.

⁸³ F. J. CAHALI-G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito, cit.*, p. 234.

⁸⁴ C. 6.23.15, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Codice, cit.*, pp. 103-104.

⁸⁵ Art. 1.878. [...] Parágrafo único. Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testament poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.

⁸⁶ Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confoirmado, a critério do juiz.

⁸⁷ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, cit.*, p. 720.

⁸⁸ D. 34.4.4, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. II, *cit.*, p. 690.

⁸⁹ M. MARRONE, *Manuale, cit.*, p. 379.

testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como ser feito, podendo ser a revogação do testamento total ou parcial, observa que «a só existência de testamento ulterior não implica revogação do testamento precedente, já que o parágrafo único do art. 1.747 (art. 1.970 do Código de 2002) dispõe que se a revogação for parcial, ou se o testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior»; no Direito Romano a regulamentação era diferente (I. 2.17.2)⁹⁰ posto que o testamento posterior, legalmente feito, rompia o testamento anterior, não se tratava, pois, de revogação, mas de *ruptio*, rompimento, visto que, salvo o caso de ser o testador um militar, não se podia ter mais de um testamento válido; o posterior rompia sempre o anterior⁹¹. Releve-se, ademais, que o art. 1.973 do Código de 2002 trata especificadamente de rompimento do testamento, estabelecendo o mesmo princípio do Direito Romano de que sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, considerar-se-á rompido o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador⁹².

Embora não tenhamos no Código de 2002 uma definição de testamento, da análise dos artigos 1.857 e 1.858 o testamento é um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois da sua morte⁹³, segue-se, em linhas gerais, o mesmo conceito do testamento romano, em que não existe relação necessária entre testamento e patrimônio.

2. A capacidade

2.1. Testamenti factio activa

Entre os requisitos indispensáveis para que possamos haver sucessão encontramos a capacidade. Ensina O. Gomes que «o título da sucessão testamentária é um negócio jurídico que, como todo ato desta natureza, demanda agente capaz, com poder de dispor dos próprios bens para depois do falecimento»⁹⁴.

No que tange ao Direito Romano M. Marrone leciona que a doutrina moderna

pone a base di ogni discorso sul diritto delle persone —una delle tre parti, insieme al diritto delle *res* e a quello delle *actiones*, in cui si articola, nel testo istituzionale di Gaio e, sulla sua scia, nelle Istituzioni giustinianee, l'esposizione del diritto privato— i concetti di capacità giuridica (o capacità di diritto) e capacità di agire. [...] Si tratta di categorie giuridiche non romane, utili però

⁹⁰ I. 2.17.2, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 181.

⁹¹ Z. VELOSO, *Testamentos*, *cit.*, pp. 498-499.

⁹² Cf. M. MARRONE, *Manuale*, *cit.*, pp. 378-379.

⁹³ F. TARTUCE-J. F. SIMÃO, *Direito*, *cit.*, p. 265.

⁹⁴ O. GOMES, *Sucessões*, 15.^a ed. rev. e atual por M. R. Carvalho de Faria. Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 94.

per inquadrarvi, all'occorrenza con le necessarie precisazioni, la realtà giuridica romana⁹⁵.

Na ordem jurídica romana as pessoas *sui iuris*, *i. e.*, livres, cidadãos romanos e não submetidas a *potestas* do *pater* possuíam a capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, tais como os impúberes, os menores de 25 anos no que concernia aos negócios obrigacionais, os surdos, os mudos e os sujeitos que por doenças crônicas tivessem o discernimento reduzido. Quanto às pessoas jurídicas, embora a doutrina das pessoas jurídicas tenha sido obra dos canonistas da Idade Média, encontramos os pressupostos desta no Direito Romano, veja-se o famoso fragmento de Ulpiano D. 3.4.7.1: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent* - Se alguma coisa é devida a *universitas*, não por isso é devida aos seus membros, nem esses respondem pelas obrigações da *universitas* (tradução livre). Dessarte, no Direito Romano já se reconhecia alguma capacidade passiva às *universitates*⁹⁶.

No que concerne à sucessão testamentária, como ocorria na ordem jurídica romana, o ordenamento brasileiro exige a capacidade para testar, a *testamenti factio* ativa, assim como a capacidade para ser instituído herdeiro, a *testamenti factio* passiva. A capacidade para testar, porém, não se confunde com a capacidade genérica para a prática dos atos da vida civil em geral, *i. e.*, aquilo que J. C. Moreira Alves denomina, tratando do Direito Romano, a aptidão para testar⁹⁷.

Utilizando as categorias modernas, M. Marrone afirma que no que concerne à *testamenti factio* ativa o ordenamento romano exigia não somente a capacidade jurídica, mas também a capacidade de fato, sendo que o testador devia possuir a capacidade jurídica, ininterruptamente, desde a confecção do testamento até a ocasião de sua morte; a capacidade de fato era exigida somente na feitura do testamento⁹⁸; observe-se, ainda, que no direito justinianeu a incapacidade superveniente não invalidava o testamento (ver por ex. I. 2.12.1 relativo à capacidade de fato dos *furiosi* e I. 2.12.2 relativo à capacidade do pródigo).

Em matéria de sucessão testamentária vigora, no atual Direito Brasileiro, a premissa de que a capacidade se presume, é a regra geral; o inverso, a incapacidade deverá ser expressamente prevista. A capacidade para fazer testamento deve ser verificada no momento da feitura do testamento posto que se uma pessoa capaz faz testamento a incapacidade posterior não infirma a disposição, nos termos do art. 1.861 do Código Civil de 2002; da mesma forma acontecia no direito romano, conforme consta das *Instituições* de Justiniano (I. 2.12.3)⁹⁹, já que se alguém depois

⁹⁵ M. MARRONE, *Manuale*, cit., p. 123.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 172.

⁹⁷ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., p. 722.

⁹⁸ M. MARRONE, *Manuale*, cit., p. 351.

⁹⁹ I. 2.12.3, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., p. 161.

de elaborado o testamento se tornasse mudo ou surdo ou fosse atingido por qualquer outra doença, o testamento continuava válido.

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código de 1916, cometeu flagrante equívoco ao não esclarecer com precisão o alcance do art. 1.860, uma vez que não discriminando os incapazes impedidos de testar como o fazia o Código de 1916, viabiliza a interpretação de que todos os incapazes, discriminados nos artigos 3 e 4 do Código, não podem fazer testamento. Z. Veloso já relevava, em 1993, que o projeto do atual Código Civil não reconhecia a capacidade testamentária ativa aos relativamente incapazes, apontados no artigo 4, dentre os quais estariam incluídos os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os pródigos, ao mestre paraense tal disposição lhe parecia um exagero evidente, pois, se no momento da facção testamentária mantivessem o discernimento, estivessem lúcidos por que considerá-los incapazes de testar?¹⁰⁰.

No comentário ao art. 1.860 do Código Civil em vigor o jurista paraense reitera a sua posição afirmando que o art. 1.860 mencionando os incapazes, sem distinguir, abrange os absolutamente incapazes (art. 3) e os relativamente incapazes (art. 4), ressaltando ainda que:

«Trata-se de um equívoco, e gravíssimo, que precisa ser corrigido, até porque o testamento feito por incapaz é nulo de pleno direito. Não há razão para proibir que os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido, sejam proibidos de testar se, apesar de reduzido, tem entendimento e compreensão suficiente para saber o que estão fazendo, no momento que outorgam a disposição de última vontade»¹⁰¹.

O Código Civil de 1916 dispunha que os loucos de todo gênero eram incapazes para testar, expressão essa muito criticada pela doutrina, já que há doenças que acarretam a perda do discernimento, mas que não podem ser classificadas como loucura, tais como o alcoolismo, as toxicomanias, as psicoses por lesões cerebrais e muitas outras¹⁰². O Código Civil de 2002 elimina a expressão no artigo 3 concernente à incapacidade absoluta, substituindo a expressão «loucos de todo gênero» com «não tiverem o necessário discernimento para prática desses atos»; usa o legislador o termo «discernimento», termo amplo que pode englobar casos de específicas doenças mentais assim como outras doenças, a mesma terminologia é utilizada no art. 4, II, relativo à incapacidade relativa dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido. Assim sendo, devemos diferenciar aqueles que não possuem discernimento daqueles que possuem discernimento reduzido, não obstante a indeterminação do art. 1.860 do atual código.

Melhor teria sido se o legislador do Código Civil de 2002 tivesse aplicado, de forma clara, no que concerne aos relativamente incapazes, o princípio do direito romano de que a capacidade de fato dever ser veri-

¹⁰⁰ Z. VELOSO, *Testamentos, cit.*, pp. 63-64.

¹⁰¹ Z. VELOSO, *Comentários ao Código Civil, cit.*, pp. 29-30.

¹⁰² Z. VELOSO, *Testamentos, cit.*, pp. 60-61.

ficada no momento da feitura do testamento. No que tange aos doentes mentais, absolutamente incapazes, a doutrina a partir de A. Teixeira de Freitas (art. 79 do Esboço)¹⁰³, distanciando-se da tradição do Direito Romano, das *Ordenações Filipinas* (liv. 4, tit. 81, § 2; liv. 4, tit. 103, § 3¹⁰⁴; *Consolidação das Leis Civis* de A. Teixeira de Freitas no art. 995¹⁰⁵), não mais aceita a possibilidade que no intervalo de lucidez poderá o furioso, o demente fazer testamento.

Quanto à incapacidade do surdo e do mudo no Direito Romano, segundo as *Regras de Ulpiano* o surdo e o mudo que tivessem sofrido uma interdição não possuíam a *testamenti factio* ativa (Ulp. 20.13)¹⁰⁶. No direito de Justiniano somente o surdo-mudo de nascença é incapaz de fazer testamento, pois, o surdo-mudo e o mudo que soubessem escrever podiam testar através de testamento hológrafo e, aquele somente surdo, podia fazer o testamento nuncupativo (C. 6.22.10)¹⁰⁷. O princípio é aquele de que podendo expressar a sua vontade o surdo-mudo, o mudo e o surdo possuíam capacidade testamentária ativa.

As causas que hodiernamente determinam a incapacidade ativa podem ser permanentes ou transitórias, entre as causas permanentes devemos incluir a surdo-mudez que no Código Civil de 1916 estava explicitamente listada no art. 1.627, IV; o Código Civil hodierno determina no seu art. 1.873 que o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, trata-se aqui do testamento hológrafo, poderá utilizar a forma de testamento cerrado. Atente-se, porém que o surdo-mudo incapaz será aquele que não puder exprimir a sua vontade, como bem observa Z. Veloso:

Se o surdo-mudo tiver sido educado e, de alguma maneira, puder exteriorizar a sua vontade, exprimir o seu pensamento, poderá testar por uma forma que não exija expressão verbal, ou que a supra, como o testamento cerrado (C.C. art. 1.642 do código de 1916, hoje art. 1.873). A surdo-mudez, por si só, não é causa de incapacidade. Note-se que o surdo não é o que ouve com dificuldade, mas aquele que não ouve nada; o mudo é o que não fala coisa alguma, e não aquele que se expressa com dificuldade¹⁰⁸.

Saliente-se, ainda, que já as *Instituições* de Justiniano (I. 2.12.3)¹⁰⁹ esclareciam que o surdo e o mudo nem sempre podiam fazer testamento, tratava-se, todavia, daquele surdo que não podia ouvir nada, e não daque-

¹⁰³ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço*, Brasília, Ministério da Justiça-Serviço de Documentação, 1952, pp. 68-69. Art. 79: Declarar-se-á como alienados os individuos de um e outro sexo, que se acharem em estado habitual de mania, demência ou imbecilidade; ainda mesmo que tenham lúcidos intervalos ou a mania pareça parcial. Ver também a nota ao art. 79.

¹⁰⁴ *Código Filipino*, recopilado por CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870, p. 909; p. 1006.

¹⁰⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis, Coleção História do Direito Brasileiro*, ed. fac-similar, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 598.

¹⁰⁶ *Ulpiani Liber Singularis Regularum, cit.*, p. 23, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano, cit.*, p. 65.

¹⁰⁷ C. 6.22.10, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, p. 52.

¹⁰⁸ Z. VELOSO, *Testamentos, cit.*, p. 71-72; *Id.*, *Comentários ao Código Civil, cit.*, pp. 114-116.

¹⁰⁹ I. 2.12.3, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 161.

le que ouvia com dificuldade e do mudo que não podia dizer quaisquer palavras, e não daquele que falava com embaraço.

No que concerne ao pródigo, considerado relativamente incapaz no art. 4, IV, a melhor doutrina não confirma a incapacidade do pródigo em matéria de sucessão testamentária. Com efeito, Z. Veloso ao apreciar, em 1993, o projeto do atual Código afirmava que a inclusão dos pródigos entre os relativamente incapazes era uma posição criticável, pois, a prodigalidade como causa de incapacidade deveria ser eliminada, o que não ocorreu, haja vista o teor do art. 4 do código de 2002 e a indeterminação do alcance do art. 1.860¹¹⁰.

O Código Civil em vigor mantém, apesar das ponderações da doutrina, a tradição do Direito Romano mais antigo¹¹¹ e justinianeu¹¹², no sentido de que uma vez declarada a interdição o pródigo perde a capacidade de fato de testar, sendo válido o testamento feito antes da interdição, pois, como ensina Lafayette Rodrigues Pereira «a incapacidade do pródigo só começa a existir depois da publicação da interdição porque ella é antes um effeito da lei do que de causa natural. São, portanto, validos todos os actos que o prodigo pratica antes daquela data»¹¹³. As *Ordenações Filipinas* estabeleciam a proibição ao pródigo de fazer testamento (liv. 4, tit. 81, § 4)¹¹⁴, mas já A. Teixeira de Freitas na *Consolidação das Leis Civis*, no comentário ao artigo 993, § 3 que determinava a incapacidade dos loucos e dos pródigos para testar, afirmava ser essa disposição, quanto aos pródigos, bem injusta¹¹⁵. Z. Veloso, seguindo a boa doutrina de Teixeira de Freitas, que desconhece a incapacidade dos pródigos, ensina que mesmo considerado relativamente incapaz, o pródigo tem capacidade testamentária ativa. Da mesma forma, F. Tartuce-J. F. Simão sublinham que é curioso a eventual determinação pela qual o pródigo não pode testar, visto que o próprio Código Civil, em seu art. 1.782, não prevê o testamento entre os atos que não podem ser praticados sem assistência por esse incapaz¹¹⁶. O que podemos observar é que o legislador, a despeito das ponderações da doutrina, desde o Império, vem mantendo a tradição do Direito Romano, certa ou errada que seja para os tempos atuais.

O analfabeto, no presente Código, possui capacidade testamentária ativa limitada, já que poderá fazer somente o testamento público, dispon-

¹¹⁰ Z. VELOSO, *Testamentos*, cit., pp. 79-81.

¹¹¹ *Ulpiani Liber Singularis Regularum*, cit., p. 23, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano*, cit., p. 65.

¹¹² I. 2.12.2: § 2. «Item prodigus, cui bonorum suorum administration interdicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quam interdiction bonorum suorum ei fiat, ratum est - Del pari il prodigo cui è stata interditta l'amministrazione dei propri beni non può far testamento, mè valido quello che fece prima che lo incogliesse la interdizione de'beni», in I. 2.12.4, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., pp. 160-161.

¹¹³ LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito de Família* (1889), *Coleção História do Direito Brasileiro*, ed. fac-similar, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, § 169, p. 327.

¹¹⁴ *Codigo Philipino*, cit., pp. 909-910.

¹¹⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, cit., p. 595, nt. 4.

¹¹⁶ F. TARTUCE-J. F. SIMÃO, *Direito*, cit., p. 267.

do o art. 1.865 que, nesse caso, o tabelião ou seu substituto legal declarará que o testador não pode assinar, assinando, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias. O art. 1.872 proíbe explicitamente o analfabeto de dispor de seus bens através de testamento cerrado, visto que impossibilitado de ler, pessoalmente a cédula testamentária, ele não poderá verificar se esta contém, realmente, as suas disposições testamentárias, assim como não poderá assinar o testamento e o auto de aprovação (art. 1.868, IV).

O direito sucessório romano também regulamentou a *testamenti factio* ativa do analfabeto determinando a C. 6.23.21.1¹¹⁷ que o testador que não soubesse escrever ou não pudesse assinar deveria apresentar uma oitava testemunha que por ele assinasse, observando-se todas as formalidades previstas para o testamento particular. Note-se que a mesma constituição permite que o testamento seja escrito por um terceiro, o que também está consignado no caput do art. 1.868, contudo, o legislador moderno, não podendo o analfabeto averiguar de per si a veracidade das disposições testamentárias, justamente, proibiu ao analfabeto testar por instrumento particular.

Da mesma forma, o cego no nosso ordenamento poderá testar somente através de testamento público (art. 1.867) que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designadas pelo testador. A disciplina concernente à possibilidade do cego testar no Direito Romano está contida na C. 6.22.8pr.¹¹⁸ que concede ao cego a faculdade de fazer testamento nuncupativo, seja o cego de nascença, seja aquele que se tornou cego por doença, na presença de 7 testemunhas e de um tabelião, de modo que reunidos todos, o testador manifeste a sua vontade que deverá ser expressa no mesmo lugar e tempo, *uno contextu*, sendo as disposições escritas pelo tabelião na presença das sete testemunhas, devendo essas, posteriormente, subscrever a cédula testamentária, apondo-se os selos das testemunhas e do tabelião; pois que o cego, na sua fragilidade humana, afirma Justiniano, poderia esquecer muitas coisas o imperador permitiu que ele encomendasse a um particular a feitura escrita do seu testamento de modo que, depois de convocados no mesmo lugar as testemunhas e o tabelião, fosse exibida a cédula escrita que seria recebida pelo tabelião que a leria ao testador e às testemunhas instrumentárias; uma vez conhecido o conteúdo, o testador confirmaria que se tratava das disposições da sua última vontade, apondo-se as assinaturas das testemunhas, do tabelião, assim como os respectivos selos (C. 6.22.8.1)¹¹⁹; não se encontrando tabeliões poder-se-ia acrescentar uma oitava testemunha (C. 6.22.8.2)¹²⁰. A presença do direito romano no art. 1.867 parece evidente.

¹¹⁷ C. 23.21.1, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, p. 58. Ver também *Pauli Sententiae* 3.4.4, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Novelle e Indici*, vol. 10, *cit.*, p. 259.

¹¹⁸ C. 6.22.8pr., in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, p. 50.

¹¹⁹ C. 6.22.8.1, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, p. 51.

¹²⁰ *Ibid.*

Por fim, releve-se que a *testamenti factio* ativa, seja no direito romano que no direito moderno, é prerrogativa das pessoas físicas, assim sendo, não se pode cogitar de uma capacidade testamentária ativa das pessoas jurídicas.

2.2. Testamenti factio passiva

No Direito Romano o princípio geral era aquele de que o hereditando e o *heres*, este adquirindo aquele transmitindo direitos subjetivos e deveres jurídicos deviam possuir capacidade jurídica, ambos tinham que ser pessoas livres, cidadãos romanos e *sui iuris*. A *testamenti factio* passiva era a capacidade para ser instituído herdeiro, sendo necessário possuí-la seja no momento do aperfeiçoamento do testamento, seja naquele da delação.

No direito atual a capacidade testamentária passiva, ou capacidade para adquirir por testamento, é a aptidão ou possibilidade de a pessoa ser instituída herdeira ou legatária no ato de disposição de última vontade¹²¹. A legislação em vigor, no art. 1.798, consagrando o princípio do antigo Direito Romano, estabelece que podem ser instituídas herdeiras as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão e que não tenham sido excluídas por força do art. 1.801.

A jurisprudência romana já havia tratado da capacidade de ser instituído herdeiro daqueles por nascer, os *postumi*. Com efeito, no direito clássico, foi-se admitindo gradativamente que pudessem ser instituídos herdeiros aqueles que no momento da feitura do testamento, não eram *sui*, só adquirindo essa qualidade posteriormente, os *postumi* (Ulp. 22.15)¹²², *i. e.*, os nascidos depois da confecção do testamento¹²³. No que concerne aos *postumi alieni* (os que nasciam fora da família do testador) o *ius civile* não lhes concedia a *testamenti factio* passiva¹²⁴, mas o direito pretoriano lhes garantia a *bonorum possessio secundum tabulas*¹²⁵. O direito de Justiniano estabeleceu que todos os *postumi* (inclusive o *alienus*) possuíam a *testamenti factio* passiva¹²⁶.

Na esteira do Direito Romano o art. 2, 2 parte conjugado com o art. 1.798 do Código civil de 2002, legitima a suceder as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão. Anota G. Hironaka que:

«Em que pese o rigor das disposições legais a respeito da exigibilidade de existência do beneficiado à época do falecimento do testador, há uma circunstância de excepcionalidade [...] que é a do nascituro. . Desse modo, e apesar

¹²¹ Z. VELOSO, *Testamentos*, cit., p. 415.

¹²² *Ulpiani Liber Singularis Regularum*, cit., p. 23, trad. port. Gaetano Sciascia, in *Regras de Ulpiano*, cit., p. 65.

¹²³ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, cit., pp. 757-758.

¹²⁴ Gai 1.147, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., p. 560; Gai 2.242-242, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., p. 611.

¹²⁵ Paul. libro XLI *ad ed.*, D. 37.11.3, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. III, cit., p. 59.

¹²⁶ I. 3.10pr, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., pp. 274-275.

da rígida e ultrapassada posição do legislador a respeito do termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural, que se dá, conforme dispõe o art. 2 do Código Civil, a partir do nascimento com vida, é possível deferir a sucessão ao nascituro, exatamente por se tratar de ser já concebido, embora ainda não nascido, cujos direitos a mesma regra põe a salvo»¹²⁷.

Não se deve, porém, confundir o nascituro com os *nodum concepti*, já que o nascituro, embora ainda não tenha nascido já está concebido, e pode ser nomeado herdeiro, desde que nasça com vida e adquira personalidade jurídica. Os *nodum concepti*, por sua vez, são aqueles que ainda nem estão concebidos à época da morte do testador. Eles não existem e como o pressuposto da capacidade testamentária passiva é a existência, os ainda não concebidos são incapazes¹²⁸.

G. Hironaka pondera que a respeito da incapacidade testamentária passiva dos que não foram concebidos até a morte do testador, a exceção estampada no inciso I do art. 1.799: «Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão», permite a admissibilidade de ser deferida deixo testamentária a pessoa sequer concebida, *i. e.*, à prole eventual de pessoas determinadas, que estejam vivas ao tempo do falecimento do testador¹²⁹.

O. Gomes, por sua vez, assevera que à regra geral de que só podem adquirir por testamento as pessoas existentes ao tempo do óbito do testador abre-se uma exceção a favor da prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão; ressalta, ainda, o autor que não se admitindo a existência de direitos sem sujeito, o testador somente pode atingir esse propósito pelo mecanismo da substituição fideicomisária, nomeando fiduciário para guardar os bens, a título de proprietário resolúvel¹³⁰. Ora, já no Direito Romano se utilizava o fideicomisso para que o testador fizesse disposições de última vontade em favor de pessoas incapazes de receber herança ou legado. O próprio Gaio nas Institutas (Gai 2.285-286)¹³¹ acentua que a origem do fideicomisso se encontra, provavelmente, no fato de ser ele um meio de possibilitar ao estrangeiro (que não possuía *testamenti factio* passiva e, portanto, não podia figurar no testamento como herdeiro) receber bens de pessoa falecida¹³².

Deve-se concluir que, embora não possua a capacidade aquele que ainda não foi concebido, pode a prole eventual ser beneficiada pelo testador.

No que concerne às pessoas jurídicas (art. 1.799, II, do atual código), tal como as pessoas físicas, essas possuem capacidade testamentária passiva, deverão, porém existir, *i. e.*, estarem devidamente constituídas quando da morte do testador. O precedente histórico das pessoas jurídi-

¹²⁷ F. J. CAHALI-G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito, cit.*, p. 287.

¹²⁸ Z. VELOSO, *Testamentos, cit.*, p. 419.

¹²⁹ F. J. CAHALI-G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito, cit.*, p. 290.

¹³⁰ O. GOMES, *Sucessões, cit.*, p. 98.

¹³¹ Gai 2.285-286, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 618.

¹³² J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, cit.*, p. 816.

cas são as *universitates* e no direito romano justinianeu, essas possuem a *testamenti factio* passiva, tais como os colégios lícitos, as corporações, as *operae piae* (C. 6.28.1)¹³³.

3. Modalidades de testamento

3.1. Formas ordinárias

O Direito Brasileiro conservou a sistemática do Direito Romano, disciplinando as formas ordinárias e as formas especiais de testamento. O art. 1.862 do Código Civil lista as formas ordinárias de testamento, e são as seguintes: *a)* testamento público; *b)* testamento cerrado, e *c)* testamento particular.

Levando-se em consideração que o testamento, seguindo a tradição do Direito Romano, é um negócio jurídico formal e solene, é nulo o ato que não revestir a forma prescrita na lei, e que não cumprir as formalidades exigidas. O atual Código Civil determina os requisitos essenciais dos testamentos ordinários nos seguintes artigos: art. 1.864, os do testamento público; art. 1.868, os do testamento cerrado; e o art. 1.876, os do testamento particular¹³⁴.

Leciona Z. Veloso que o testamento público é uma escritura pública que só poderá ser lavrada por oficial público, o tabelião. O tabelião é uma figura que tem origem romana, cujo nome decorre das tábuas de cera nas quais as convenções eram escritas, Justiniano considerando a importância dos *tabelliones*, regulamentou na Nov. 44¹³⁵ essa atividade¹³⁶. O tabelião é o oficial público que exerce, em caráter privado e por delegação do Poder Público, a função de redigir, fiscalizar e instrumentar atos e negócios jurídicos, atribuindo-lhes autenticidade e fé pública. No Brasil o oficial público competente para a lavratura do testamento público é o tabelião. Testamento público, por conseguinte, é o escrito por tabelião em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, devendo ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas ou pelo testador na presença destas e do oficial¹³⁷.

No Direito Romano os testamentos públicos surgem no período pós-clássico e são caracterizados pela participação de autoridade pública (C. 6.23.18-19)¹³⁸, podendo ser orais ou escritos, são eles: *a)* o *testamentum apud acta conditum*, feito oralmente pelo testador perante um magistrado que o reduz a termo, e *b)* *testamentum oblatum principi*, escrito e transmitido ao príncipe que o encaminhava ao *magister libellorum* para

¹³³ C. 6.48.1, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Codice, cit.*, pp. 258-259.

¹³⁴ Z. VELOSO, *Comentários ao Código Civil, cit.*, p. 54.

¹³⁵ Nov. XLIV, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Novelle e Indici*, vol. 10, *cit.*, p. 89.

¹³⁶ Z. VELOSO, *Testamentos, cit.*, p. 116.

¹³⁷ Z. VELOSO, *Comentários, cit.*, pp. 54-55.

¹³⁸ C. 6.23.18-19, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, *cit.*, pp. 56-57

que esse o conservasse nos seus arquivos até a morte do testador, quando seria aberto¹³⁹.

O *testamentum per aes et libram* é, segundo G. Hironaka, a forma embrionária do atual testamento cerrado, cujas disposições se revestem de caráter sigiloso, se assim o desejar o testador, sendo esta a grande vantagem que essa modalidade apresenta. Testamento cerrado é, dessa forma, o escrito pelo próprio testador ou por outra pessoa, a seu rogo, cujas disposições podem ser de caráter sigiloso, se assim preferir o testador, e que se completa pelo instrumento lavrado pelo oficial público, que o aprova, sempre na presença de duas testemunhas; o conteúdo do testamento só será conhecido no momento de sua abertura e cumprimento, após o falecimento de seu testador¹⁴⁰. O direito imperial previu o testamento cerrado em uma constituição de Teodósio e Valentiniano (C. 6.23.21pr.)¹⁴¹.

A última modalidade de testamento ordinário é o testamento particular, cujos requisitos essenciais estão discriminados no art. 1.876 do Código Civil. O testamento particular é o ato de disposição de última vontade, escrito de próprio punho, portanto, testamento hológrafo, ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador, e lido por este a três testemunhas, que o subscreverão.

No Direito Romano o testamento particular é a modalidade mais antiga, pois o testamento público surge somente no direito imperial; o testamento hológrafo, por sua vez, aparece no direito romano somente a partir do imperador Valentiniano III, para elaborá-lo era suficiente que o testador o escrevesse de sua mão, e não havia necessidade de testemunhas; contudo, essa modalidade de testamento não foi acolhida por Justiniano¹⁴².

Alguns dos requisitos essenciais dos testamentos no Código Civil atestam a origem romanística da matéria testamentária, o mais evidente é a presença das testemunhas, em diferentes momentos de aperfeiçoamento do ato, para que o testamento possa ser válido. O testamento público, uma vez lavrado, deverá ser lido perante duas testemunhas (art. 1.864, II); o testamento cerrado deverá ser entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas e, este após ter lavrado o ato na presença das duas testemunhas, deverá lê-lo (art. 1.868, I e III); o testamento particular, escrito de próprio punho pelo testador, só será válido se for lido na presença de pelo menos três testemunhas. Em todas as modalidades é necessário que as testemunhas subscrevam o ato. Nas Instituições de Justiniano concernentes à formação do testamento, vamos constatar que desde o *testamentum per aes et libram* era necessário a presença de 5 testemunhas (I. 2.10.1)¹⁴³; na construção pretória o pretor não exige mais a *mancipatio*, mas impõe a

¹³⁹ F. SERAFINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Parte Seconda, Firenze, 1876, § 185, p. 184.

¹⁴⁰ F. J. CAHALI-G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito*, cit., p. 229.

¹⁴¹ C. 6.23.21pr, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. V, cit., p. 58.

¹⁴² Z. VELOSO, *Comentários*, cit., p. 125.

¹⁴³ I. 2.10.1, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., pp. 147-148.

presença de 7 testemunhas (I. 2.10.2)¹⁴⁴; no *testamentum tripertitum*, criado por Justiniano, as duas modalidades anteriores se fundem e permanece a exigência da presença das 7 testemunhas previstas pelo testamento pretório (I. 2.10.3)¹⁴⁵. A partir da utilização da escrita todas as testemunhas tinham que subscrever o ato para que esse fosse válido.

Outro requisito essencial no testamento público e no testamento cerrado é o princípio romano do *uno contextu* contido em D. 28.1.21.3¹⁴⁶: § 3. *Uno contextu actus testari oportet; [...]*. O testamento público deve ser feito *uno contextu*, ou seja, é necessário que se observe a unidade do ato testamentário, com a reunião e a presença simultânea do tabelião, do testador e das testemunhas, do princípio até o fim da solenidade, sem interrupções e lacunas¹⁴⁷.

G. Hironaka salienta que «convém lembrar que a exigência a respeito da unidade do ato, registrada para a facção do testamento público, também se dará para o testamento cerrado, devendo, pois, todas as formalidades ser cumpridas de modo ininterrupto»¹⁴⁸.

Por fim, atente-se que, assim como ocorria no Direito Romano¹⁴⁹, no atual Direito Brasileiro estão vedados os pactos sucessórios, *i. e.*, o contrato que tiver por objeto a herança de pessoa viva (art. 426 do CC), assim como o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspec-tivo (art. 1.863 do CC)¹⁵⁰.

3.2. Formas especiais

Das formas especiais de testamento somente o *testamentum militis* foi recepcionado por alguns códigos contemporâneos, entre os quais o Código Civil brasileiro.

Z. Veloso ressalta que o testamento militar tem origem remotíssima e atravessou os tempos e é regulado, ainda hoje, pelas modernas legislações¹⁵¹. O Código Civil brasileiro acolheu a forma especial de testamento militar nos artigos 1.893-1.896, excepcionando algumas formalidades previstas para os testamentos ordinários. Algumas exceções, previstas no Código, seguem o instituto do testamento militar romano, pelo menos, na sua concepção intrínseca, tais como a dispensa de autoridade pública competente para receber o testamento (art. 1.893 do CC) e um prazo de validade determinado do testamento militar (art. 1.895 do CC). Interessante notar que nas disposições do testamento militar do Código Civil brasileiro encontramos as formas de testamento nuncupativo (art. 1.896

¹⁴⁴ I. 2.10.2, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 148.

¹⁴⁵ I. 2.10.3, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, *cit.*, p. 148.

¹⁴⁶ D. 28.1.21.3, in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho*, t. II, *cit.*, p. 339.

¹⁴⁷ Z. VELOSO, *Testamentos*, *cit.*, p. 143.

¹⁴⁸ F. J. CAHALI-G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito*, *cit.*, p. 233.

¹⁴⁹ C. SANFILIPPO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 337.

¹⁵⁰ F. TARTUCE-J. F. SIMÃO, *Direito*, *cit.*, p. 270.

¹⁵¹ Z. VELOSO, *Comentários*, *cit.*, p. 173.

do CC) e hológrafo (art. 1.894 do CC). O *testamentum militis*, inicialmente, podia ser utilizado durante todo o serviço ativo, Justiniano ao regulamentá-lo estabeleceu que essa forma especial de testamento podia ser utilizada somente pelo militar que se encontrasse, efetivamente, em campanha e teria a validade de 1 ano (I. 2.11pr; I. 2.11.3)¹⁵².

VII. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A família romano-germânica (sistema romanista), cujos ordenamentos afundam suas raízes na ciência do direito romano, através de fenômenos tais como a colonização e a recepção (ou *transfusión*), dispersou-se muito além das fronteiras do Império Romano, mormente, em toda a América Latina. Podemos, assim, individualizar, no quadro de cada sistema, subsistemas definidos por elementos caracterizadores do sistema e elementos ligados a realidades próprias.

C. Beviláqua no famoso *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, seguindo o pensamento do comparatista E. Glasson, distingue três grupos de legislações: 1) aquelas em que a influência do direito romano e do direito canônico são «quase nullas»; 2) as que recepcionaram o direito romano «de um modo mais ou menos radical»; 3) aquelas em que os componentes germânico e romano se fundiram «por quantidades quase eguaes». A esses grupos C. Beviláqua acrescenta um quarto grupo a legislação dos «povos latino-americanos». Será a maior ou menor presença do direito romano o critério escolhido por C. Beviláqua para a determinação dos diversos grupos de legislações.

Podemos, portanto, afirmar que a unidade e especificidade do subsistema jurídico latino-americano, no quadro do sistema jurídico romanista, foram individuadas já no final do século XIX e, posteriormente, assentadas no início do século XX. Destarte, o romanismo dos códigos civis brasileiros se explica perfeitamente se levarmos em consideração a teoria dos sistemas desenvolvida pelos comparatistas.

Notava, oportunamente, Lacerda de Almeida no *Prefácio ao Curso de Direito Romano* de Abelardo Lobo que:

«A verdade jurídica que brilha nos modernos monumentos de legislação, nos nossos tão decantados Códigos, está em germen, ninguém há que o desconheça, nos textos imortais do Direito Romano. Eis uma das razões da admiração, do culto, geralmente prestado ao Direito Romano e do seu indisputado domínio desde a Antiguidade até aos tempos atuais. O Direito romano é a expressão altíssima da verdade jurídica»¹⁵³.

Essa era a percepção de um civilista nos anos trinta do século passado, hoje, infelizmente, o Direito Romano é uma matéria não mais ensinada e estudada na maioria das faculdades de direito do Brasil.

¹⁵² I. 2.11pr; I. 2.11.3, in G. VIGNALI, *Corpo del Diritto. Cronologia e Istituzioni*, vol. I, cit., pp. 154-155; pp. 156-157.

¹⁵³ LACERDA DE ALMEIDA, *Prefácio*, in *Curso de Direito Romano*, cit., pp. XXXI-XXXII.