

JURISMAT

Revista Jurídica
Número 18
2023

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 18
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2023
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Da banalidade dos tempos – Vetores da base social do tecido jurídico-político contemporâneo	15
ANA PAULA LOUREIRO DE SOUSA Breve itinerário do pensamento filosófico-jurídico de João Baptista Machado	35
TERESA LUSO SOARES O testamento romano: alguns aspectos	59
MARIA DOS PRAZERES BELEZA A intervenção acessória provocada pelo réu em processo civil	71
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA A influência e a importância das minorias nas decisões societárias.....	91
ANDRÉ INÁCIO Ódio, do discurso ao crime	107
JOSÉ PENIM PINHEIRO Crítica à culpa da personalidade - Contributo para o estudo da culpa na dogmática jurídico-penal	123
DORA LOPES FONSECA Violência doméstica: o reconhecimento jurídico da vítima – <i>Book review</i>	155
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA El incumplimiento en la teoría general del derecho de obligaciones: breve estudio comparado en la legislación española y portuguesa	161
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL A declaração de Cambridge e a irrefutável necessidade de atualismo do direito.....	179
CRISTINA BORGES DE PINHO Sociedade, multiculturalismo e direitos humanos (igualdade de género)	201

ARTIGOS DE LICENCIADOS E ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	227
AFONSO DE LOUSADA	
<i>Usucapio</i> no ordenamento jurídico português.....	229
FÁBIO JOSÉ MARQUES COELHO	
O crime de tráfico de estupefacientes – um caminho inacabado	243
JOANA BORRALHO ENTRADAS	
O direito de retirada – um direito pessoal do autor	271

O testamento romano: alguns aspectos

TERESA LUSO SOARES *

O testamento concebido pelos romanos não tem precedentes na história do direito antigo. Do arcaico testamento de inspiração publicística chega-se ao acto de disposição para depois da morte referido à esfera do *civis*, a cuja vontade se deve dar plena actuação.

A nova concepção é mérito da jurisprudência, a qual, mantendo firmes as bases de partida, desfruta ao máximo os meios jurídicos oferecidos pelo sistema retirando a regulamentação da própria realidade. É o *testamentum* uma clara invenção do génio jurídico romano.¹ Não preocupado em apresentar uma definição abrangente das suas peculiares características, o jurista romano prefere ressaltar a essência do acto – a *voluntas*.²

JURISMAT, Portimão, n.º 18, 2023, pp. 59-70.

* Doutora em Direito. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa. Membro do Centro de Estudos Avançados em Direito-Francisco Suárez.

¹ Cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano*¹⁰ (Pamplona 2008) 355; e, *Elementos de Derecho Privado Romano*⁶ (Pamplona 2016) 169.

² Cfr. BIONDI, *Autonomia delle Disposizioni Testamentarie ed Inquadramento del Testamento nel Sistema Giuridico*, in *Scritti Giuridici IV* (Milano 1965) 523.

Mas, a partir de que momento existe liberdade absoluta de testar? Em Roma a sucessão testamentária precede a sucessão necessária ou é-lhe pelo contrário, subsequente?

A resposta à questão há muito procurada pelos romanistas, não é unívoca.

A dificuldade surge sobretudo em relação ao período anterior à promulgação da Lei das XII Tábuas, para o qual nada se pode afirmar com rigor.³ Mas, admitindo a consagração aí do triunfo do individualismo sucessório, difícil se torna explicar tão brusca mudança dentro da *tradição romana*. O *favor testamenti* implica a tendência contínua da jurisprudência e da legislação de Roma para manter em vigor a categoria testamentária. Substituir sempre que possível a sucessão *ab intestato* pela testamentária, eis a ideia preponderante. Isto porque a primeira resulta inevitavelmente rígida e esquemática, enquanto a segunda tem em conta as circunstâncias ocorridas em cada caso concreto.⁴

Importa assegurar a eficácia da *voluntas mortis causa* do disponente. Princípio fundamental do direito sucessório constitui, a partir das XII Tábuas, a liberdade testamentária. O testamento é, na sociedade romana, algo de uso necessário. A sua importância afigura-se incontestável ao ponto de se reputar que morrer intestado é faltar a um dever e, como tal, desconsiderado quem ouse assim proceder. Excepcionalmente é, por conseguinte, o facto de o *paterfamilias* não dispor dos seus bens.

A relevância social repercute-se no ordenamento jurídico, estabelecendo a Lei das XII Tábuas a faculdade de disposição *mortis causa*.

Estatui a tábua V, 3: «VTI LEGASSIT SVPER PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO». *Legare* significa originariamente *legem facere*. Neste sentido se emprega a expressão, compreendendo toda a provisão feita no testamento pelo testador.⁵ O preceito fala, no entanto, apenas em *pecunia*, coisas corpóreas e dinheiro adquiridos pelo *pater*.⁶ Não obstante, não impede tal

³ LAMBERT, utilizando o método comparativo, sustenta a inexistência da sucessão testamentária nos mais antigos tempos de Roma por o contrário ser inexplicável em face das categorias conhecidas dos restantes ordenamentos jurídicos. Cfr. *La Tradición Romana sobre la Sucesión de Formas del Testamento ante la Historia Comparada* (Madrid 1904) 11. São, contudo, por demais conhecidos os perigos acarretados por este método, tendente a transpor para o ordenamento romano institutos de outros povos, dada a originalidade das instituições romanas.

⁴ Cfr. BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación* ², (Barcelona 1960) 6-8.

⁵ Cfr. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico* (Santiago-Chile 2021) 241.

⁶ A outra parte da massa patrimonial constituída pelos bens familiares – a *família* – está, na opinião de TORRENT, subtraída ao arbítrio do disponente enquanto não existe testamento propriamente dito. Sustenta, de qualquer modo, que legar a *pecunia* seria

circunstância que, à semelhança da utilização de *familia* a propósito da sucessão intestada, se pretenda com aquele termo designar todo o património.⁷

Legare encerra, pois, a ideia de dispor de modo autoritário e unilateral sobre a situação jurídica de uma coisa propriedade de alguém.⁸

Consagra-se assim a liberdade de testar: o disposto pelo testador, quanto aos seus bens e às pessoas sujeitas à sua *potestas*, deve valer de direito.⁹

Com toda a probabilidade este primitivo testamento contém apenas disposições singulares e bens, legados e manumissões.¹⁰

A pouco e pouco acaba, todavia, por triunfar plenamente a ideia característica do testamento romano encabeçado pela instituição de herdeiro. Trata-se de um desenvolvimento lógico e gradual realizado no âmbito da *interpretatio prudentium*, com base nas disposições das XII Tábuas, a qual procura sempre salvaguardar a vontade do disponente e reconhecer, sem renegar o passado, novas formas testamentárias mais adequadas às necessidades práticas.

A prioridade do testamento como forma de sucessão deduz-se do preceituado pelo Código Decenviral. Estabelece, com efeito, a Tábua V,4: «SI INTESTATO MORTIVR, CVI SVVS HERES NEC ESCIT, ADGNATVS PROXIMVS FAMILIAM HABETO». O termo *intestatus* implica que o *paterfamilias* morre normalmente *testatus*.¹¹ No caso excepcional de assim não acontecer, determina-se a ordem de chamamento à herança. Não havendo *heredes sui*, sucedem os agnados na massa patrimonial formada pela *familia*.

provavelmente a primeira forma de dispor por morte, origem simultaneamente dos legados e do que logo foi testamento como acto de vontade *mortis causa*. Cfr. *Venditio Hereditatis. La Venta de Herencia en Derecho Romano* (Salamanca 1966) 51-53.

⁷ Cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 341; e, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 163.

⁸ Cfr. BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, 44.

⁹ No século III ainda POMPÓNIO vê na tábuas V,3 a doutrina estabelecida da ampla liberdade de testar: «*Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit' suae rei, ita ius esto latissima potestas tributa videtur...*» D.50, 16,120.

¹⁰ Cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*¹² (München 1981) 275-276; e, KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2022) 660.

¹¹ Segundo FUENTESECA *intestatus* na Tábua V,4 não alude a testamento mas antes à *testatio do pater* que faz uma *mancipatio familiae*. Cfr. *Derecho Privado Romano* (Madrid 1978) 434. O mesmo argumento utiliza TORRENT para afirmar a prioridade da sucessão *ab intestato* sobre a testamentária. Cfr. *Venditio Hereditatis*, 51 e 233.

Manifestada a vontade unilateral do disponente na presença de testemunhas – a *testatio* ou *voluntas testantis* – produzem-se todos os efeitos do acto, constituindo o testamento o momento jurídico fundamental. Daí que, querendo evidenciar a essência do acto, configurem os romanos aquele como *testatio* pela qual o disponente declara *quod post mortem suam fieri velit*.¹²

O verdadeiro sentido atribuído à expressão *intestatus* vêmo-lo também em ULPIANO: «*Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt*».¹³

No período compreendido entre as XII Tábuas e os finais da República pode, pois, o *paterfamilias* livremente instituir herdeiro quem queira, mesmo um estrangeiro, se respeitadas as formalidades externas do testamento.¹⁴

Traduz-se a evolução histórica do testamento numa ampliação gradual do seu conteúdo jurídico. Já nos começos do Principado pode conter, para além da necessária instituição de herdeiro, deserdação dos *heredes sui*, legados, fideicomissos, manumissões de escravos, nomeação de tutores e atribuições a libertos. Apesar da pluralidade de disposições, configuradas em torno do núcleo central e essencial – a instituição de herdeiro – considera-se sempre o testamento como acto unitário onde a vontade do defunto prevalece.

Com o decurso do tempo torna-se difícil apresentar uma definição. Aludem os jurisconsultos preferentemente ao carácter voluntário do acto que adquire validade depois da morte.¹⁵ Elemento imprescindível é a *heredia institutio*. Será esta o acto substancial, o testamento acto formal.¹⁶ Com efeito, o testamento «...vires per institutionem heredum accipit...»,¹⁷ requisito especial à sua

¹² Cfr. BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, 22-23.

¹³ D. 38,16,1 pr.

¹⁴ Não admitem a existência de uma absoluta liberdade de testar nas XII Tábuas, LAMBERT, *La Tradición Romana sobre la Sucesión de Formas del Testamento ante la Historia Comparada* 44-45 e 108-111; COULANGES, *A Cidade Antiga. Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*¹⁰ (Lisboa 1980) 95; LÉVY-BRUHL, *Observations sur le Régime Successoral des XII Tables*, in *Nouvelles Études sur le Très Ancien Droit Romain* (Paris 1947) 48; e, TORRENT, *Venditio Hereditatis* 51-53 e 233.

¹⁵ ULPIANO afirma: «*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter facta, ut post mortem mostram ualeat*» Tit. Ulp. 20.1; e, atesta MODESTINO: «*Testamentum est voluntatis nostrae iusta setentia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*». D.28,1,1.

¹⁶ Cfr. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*⁵ (Madrid 1979) 594.

¹⁷ D. 29,7,10.

existência válida, “...caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio”.¹⁸

A ampla possibilidade de disposição sofre certas restrições de caráter distinto. Pelo menos a partir das XII Tábuas reconheceu-se ao *paterfamilias* a faculdade de livremente instituir herdeiro, exigindo-se só que tanto ele como a pessoa instituída reúnam as condições gerais para dispor e receber por testamento – *testamenti factio* – e respeitem as formalidades estabelecidas para o acto. Ao instituir um estrangeiro não necessita o *pater* de referir os filhos, equivalendo a omissão à deserdação.¹⁹

A situação altera-se. Impõe-se ao testador que deserde de modo expresso os *heredes sui*. Tal exigência enquadra-se num movimento tendente a limitar de certo modo a liberdade do testador. Continua a poder dispor dos seus bens como lhe aprouver, devendo apenas instituir herdeiro ou deserdar os *heredes sui*.²⁰ Uma vez mencionados no testamento, mesmo só para os declarar afastados da herança, está cumprida a obrigação, sendo válido o seu acto.

Os filhos que se encontram sob o poder do testador devem ser deserdados *nominatim*, isto é, designados pelos seus próprios nomes.²¹ A deserdação dos demais *heredes sui*, filhas e netos, pode fazer-se mediante disposição conjunta, *inter ceteros*.²² No primeiro caso, a falta de cumprimento dos requisitos formais acarreta a invalidade do testamento.²³

No segundo, ou seja, a preterição dos outros herdeiros de direito próprio não obsta à validade do acto, mas os preteridos concorrem à herança com os instituídos. Sendo estes *sui*, obtêm uma parte na proporção do seu direito; sendo

¹⁸ Gaio 2,229, I. 2,20,34; e, Tit. Ulp. 24,15.

¹⁹ Assim não pensa GIRARD, para quem a necessidade de deserdação expressa remonta à época mais antiga de Roma. Cfr. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*⁸ (Paris 1929) 905-906.

²⁰ Gaio 2,123: «...qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet...»; Tit. Ulp. 22,14: «Sui heredes instituendi sunt vel exheredanti. Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus».

²¹ Gaio 2,127: «...Nominatim autem exheredari videtur, sive ita exheredetur: TITIUS FILIUS MEUS *exheres esto*...», ou caso só tenham um filho, «...filius meus EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine»; e Tit. Ulp. 22-20 «Filius, qui in potestate est, si non instituat heres, nominatim exheredari debet ...».

²² GAIO 2,128; Tit. Ulp. 22,20.

²³ Tit. Ulp. 22,16: «Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus non patitur valere testamentum»; Gaio 2, 123; I. 2,13, pr.

extranei os herdeiros testamentários, corresponde-lhes conjuntamente metade da herança.²⁴

A esta necessidade de praticar uma formalidade, a instituição de herdeiro ou deserdação de certas pessoas, chamam os pandectistas *sucessão necessária formal*.²⁵

Parece, contudo, imprópria a expressão *sucessão necessária*, porquanto o testador não é obrigado a nomear determinado sucessor mas a mencionar algumas pessoas para as designar herdeiras ou negar-lhes expressamente tal carácter.²⁶ Na verdade, *o de cuius* pode privar o *heres suus* da sua condição, não carecendo para isso evocar qualquer fundamento especial. Não tem de alegar razões, impossibilitando assim a fiscalização jurisdicional tendente a averiguar a sua admissibilidade objetiva e, conseqüentemente, muito débeis são as garantias concedidas aos herdeiros.

A imposição pode, contudo, levar o *paterfamilias* a hesitar perante a atitude a adoptar. Do ponto de vista moral, ser-lhe-ia muito mais fácil preterir um descendente do que deserdá-lo expressamente. Neste contexto a nova formalidade garante aos *sui* a possível vacilação do *pater* ao determinar o seu afastamento de forma categórica.²⁷

O fundamento e origem destas disposições do *ius civile* prende-se com a primeira tendência para cercar a livre possibilidade de disposição.²⁸ Limitação ainda pouco precisa, só intervindo os juristas no caso de omissão dos *sui*. A intervenção em favor dos filhos deveria actuar negativamente sobre o testador, pois levá-lo-ia a oscilar perante o afastamento expresso e solene dos seus herdeiros naturais, o que deveria fazer se não quisesse deixar o seu acto à mercê

²⁴ Gaio 2, 124; Paul.Sent.3, 4b, 8; Tit. Ulp. 22, 17. No que respeita aos *postumi sui*, isto é, filhos concebidos quando se outorga o testamento mas só nascidos após a morte do testador, não instituídos ou deserdados pelo *pater* invalidam ao nascer o *testamentum*, qualquer que seja o seu sexo – Gaio 2, 130 e 2, 131; Tit. Ulp. 22, 18. Para as várias categorias de póstumos – *legitimi, Aquiliani, Velleiani, quasi Velleiani, Iuliani* - e a razão da necessidade de instituí-los ou deserdá-los, LA PIRA, *La Successione Ereditaria Intestata e contro il Testamento in Diritto Romano* (Firenze 1930) 67-84.

²⁵ A mesma designação é utilizada por JÖRS/KUNKEL/WENGER, *Römisches Recht*³ (Berlin-Heidelberg-New York 1978) 327-328.

²⁶ Cfr. ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano II*¹⁶ (Madrid 1981) 840.

²⁷ Cfr. PETIT, *Traité Élémentaire de Droit Romain*⁹ (Paris 1925) 551.

²⁸ O fundamento jurídico das regras referentes à preterição liga-se, segundo alguns, à situação primitiva de comunidade familiar. Cfr. GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 904; PETIT, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, 551; e, BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, 643.

de uma invalidade futura. Opera, desta maneira, a *exhereditio* como factor de impedimento psicológico.

O campo de aplicação das limitações formais impostas à liberdade de disposição alarga-se com as modificações introduzidas pelo direito pretório.

Exige o pretor que os *liberi*²⁹ masculinos sejam deserdados *nominatim*, sendo válida a *exhereditis inter ceteros* para as mulheres.³⁰ Aos preteridos no testamento, uma vez incluídos os emancipados nos descendentes ou *liberi*, concede a *bonorum possessio contra tabulas*.³¹

À parte das exigências formais assinaladas, a sociedade romana vê a certa altura com repugnância o procedimento do *paterfamilias* que não deixa uma parte do património hereditário a pessoas a ele ligadas por laços de parentesco. A protecção jurídica deste sentimento social determina uma restrição à liberdade de testar. O disponente tem de atribuir uma quota a certos parentes, não sendo, no entanto, necessário nomeá-los herdeiros. Pode deixar-lhes essa quota num legado ou fideicomisso.³² É a denominada *sucessão necessária material*, antecedente romano das *legítimas*, porções destinadas a determinados herdeiros e por isso fora da disponibilidade do testador.³³

Ponto de partida é o *testamentum inofficiosum*, o qual não provendo nada em favor dos parentes mais próximos, infringe o *officium pietatis*.³⁴ O testamento celebrado de acordo com os requisitos formais exigidos mas discordantes dos deveres impostos pela afeição familiar constitui ofensa à moral. Concede-se por isso aos ofendidos recurso contra ele – a *querela inofficiosi testamenti*.

Os primeiros dados sobre o aparecimento de *querela* são bastante inseguros.

A explicação mais corrente sobre a origem e evoluir da acção situa-se junto do tribunal dos centúviro, encarregado de conhecer e de decidir as questões sobre a *hereditas* suscitadas entre os herdeiros de direito civil. Tribunal esse logo

²⁹ D. 50, 16, 56, 1: «Liberorum' appellatione continentur non tatum qui sunt in potestate, sed omnes qui sui *iuris* sunt, sive virilis sive feminine sexus sunt exve feminini sexus descendentes».

³⁰ Gaio 2, 129; Tit. Ulp. 22, 23; I.2, 13, 3. Com Justiniano todos os descendentes, independentemente do sexo, devem ser deserdados nominalmente. C. 6, 28, 4, 8; I. 2, 13, 5.

³¹ Tit. Ulp. 22, 23, 28, 2-4.

³² Cfr. ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano* II, 840.

³³ Cfr. ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano* II, 844.

³⁴ Paul. Sent. 4, 5, 1: «Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra liberis exhereditis non ex officio pietatis uidetur esse conscriptum»; D.5, 2, 2.

substituído por um *extra ordinem* quando se generaliza aos herdeiros de direito pretório a acção.³⁵

O procedimento é mais dominado pela arte de Retórica do que pela Ciência do Direito³⁶. Aceita-se, para atacar um testamento como inoficioso, a doutrina sugerida pelo direito grego da insanidade mental de quem não dispõem em favor dos parentes mais próximos uma parte do património hereditário³⁷. Argumento retórico com frequência alegado é, de facto, a insanidade, a perturbação mental do testador, sob cujos efeitos ordena as disposições.

Primeiro, só descendentes e ascendentes, herdeiros civis ou pretórios, podem impugnar a inoficiosidade mediante a *querela*.³⁸ Com Constantino também aos irmãos e irmãs consaguíneos do *de cuius* se reconhece a faculdade quando preteridos a favor de pessoa indigna.³⁹

O êxito da *querella* depende da análise dos motivos em virtude dos quais se dá a preterição ou deserdação. Na base da privação da porção legítima deve residir um motivo justo, competindo a apreciação ao prudente arbítrio do juiz. Decidindo estar justificada a *exheredatio* ou a insuficiência da atribuição da *portio*, não produz efeito a sucessão contra o testamento.

Quanto à quantia da quota a deixar ao titular, fixa-se na quarta parte dos bens que o herdeiro teria direito a receber se a sucessão fosse *ab intestato*. Não adquirindo essa porção pode impugnar o testamento como inoficioso.⁴⁰ Não importa, contudo, para efeitos da *querella* a nomeação ou não como herdeiro. Presecreve a possibilidade de a desencadear o recebimento efectivo da quota por qualquer título – herança, legado, fideicomisso, doação *mortis causa* ou *inter vivos*.⁴¹

O montante de um *quarto* estabelece-se por influência da *quarta Falcidia*, introduzida pela lei do mesmo nome em 40 a.C. Ordena-se aí a inadmissibilidade de o testador dispor de mais de três quartas partes da herança

³⁵ Cfr. GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 913-914; BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, 646.

³⁶ Cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 352; e, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 168.

³⁷ D. 5, 2, 2; D. 5, 2, 5.

³⁸ D. 5, 2, 1.

³⁹ C. Th. 2, 19, 1=C. 3, 28, 27.

⁴⁰ D. 5, 2, 8, 8; C. 3, 28, 6.

⁴¹ I. 2, 18, 6.

em legado, com vista a assegurar ao herdeiro instituído pelo menos o quarto restante – *quarta Falcidia*.⁴²

Consagra-se assim, mediante a inovação da *pars legitima* ou *portio debita*, restrições à livre faculdade de disposição por morte ditadas pela preocupação de proteger a situação patrimonial dos parentes mais próximos do disponente.

Com as reformas de Justiniano fica definitivamente constituída a instituição da sucessão legitimária. Introduce o Imperador alterações no sistema de deserdação dos filhos e outros parentes e no novo instituto da legítima.

No que respeita ao primeiro ponto, não se permite aos ascendentes preterir nem deserdar os descendentes,⁴³ nem estes àqueles,⁴⁴ salvo por uma das causas exaustivamente enumeradas, a qual deverá ser mencionada de modo expresse no testamento.⁴⁵ Requer-se, além disso, a deserdação nominal em todos os casos, sob pena de nulidade do acto.⁴⁶

A inexistência de justa causa, legítima o desencadear por parte dos descendentes e ascendentes, de uma acção tendente a anular o testamento nos limites da instituição de herdeiro. As restantes disposições aí contidas mantêm a sua validade. Provoca-se deste modo a abertura da sucessão intestada.⁴⁷ A acção que não é mais do que a querela post-clássica adaptada ao espírito de Novela 115, que dispõe acerca do direito dos legitimários e da vontade do testador.⁴⁸

A *portio legitima*, por seu turno, eleva-se a um *terço* ou a *metade* do património hereditário, consoante o número de herdeiros legitimários seja inferior ou superior a quatro.⁴⁹

⁴² D. 35, 2, 1 pr; Gaio 2, 227; Tit. Ulp. 24, 32; I. 2, 22. Embora a *Lex Falcidia* só se refira a legados, estende-se a sua disciplina a toda a espécie de disposições patrimoniais *mortis causa*. O alargamento aos fideicomissos opera-se em virtude do *senatusconsultum Pegasiano*, permitindo ao herdeiro reter uma quarta parte dos bens constitutivos da herança fideicomissária. Cfr. MULLERAT, *La Cuarta Trebeliância*, (Barcelona 1971) 55-63.

⁴³ Nov. 115, 3 pr.

⁴⁴ Nov. 115, 4 pr.

⁴⁵ Fixam-se catorze causas de deserdação para os descendentes – Nov. 115, 3 – e oito para os ascendentes – Nov. 115, 4.

⁴⁶ I. 2, 13, 5; C. 6, 28, 4.

⁴⁷ Nov. 115, 3, 15.

⁴⁸ Cfr. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹⁹ (Barcelona 2019) 446.

⁴⁹ Nov. 18, 1: «...si quidem unius est filii patera ut mater aut duorum vel trium vel quattuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantie, hoc est uncias quattuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerit filios, medium eis totius substantiae reliqui partem...».

Precisa-se a obrigatoriedade de a quota legitimária, ou pelo menos parte dela, ser deixada a título de herança e não a título particular, sendo insuficientes quaisquer legados, fideicomissos ou doações para a preencher.⁵⁰

A Nov. 115 não regula o direito dos irmãos e irmãs do *de cuius* à legítima. Mantém-se, em consequência, a regra anterior.⁵¹

Abstraindo do instituto da legítima, consolidado em época avançada, a prevalência da sucessão testamentária sobre a intestada é inquestionável ao longo de toda a história do direito romano. O *favor testamenti* logra o melhor acolhimento na disciplina jurídica e na doutrina, redundando na salvaguarda constante da vontade do testador, titular de direitos ou poderes concebidos sob a máxima liberdade. Salvar o testamento não pelo objetivo vão de conservar a validade de um acto jurídico, mas por conter a última vontade do defunto, algo de sagrado, constitui o princípio rector.

A opinião pública vigia, porém, o uso da ampla liberdade de testar. Por razões morais, atinentes à afeição familiar, à *pietas*, ao *pudor*, admite-se a legítima, a reserva em favor do herdeiro. Corrige-se o excesso de individualismo. Iniciada por obra do pretor, favorecedora dos princípios da família natural a legislação imperial, empenhada em desterrar os vínculos civis ou agnáticos, assegura a atribuição de uma *portio legitima*.

Do ponto de vista teórico, a concessão da universalidade ou de uma quota não confere o título de herdeiro, apesar de a herança justinianeia se identificar com *universitas*, com o *patrimonium*. A aquisição do *universum ius* deriva, ao invés do *nomen heredis*.⁵² Deste título resulta o direito sobre o património desde os primórdios. Sem aquele não existe herança, mas legado.

Nunca desaparece, na verdade, a ideia tradicional da necessidade de instituição de herdeiro em testamento. Verifica-se, de qualquer modo um abrandamento na rigidez do princípio. Continua a afirmar-se a vitalidade da regra mas, mediante excepções gradualmente introduzidas pela jurisprudência e pela legislação, tende-se a destruí-la, a limitar a sua aplicação com argutas interpretações.

Apesar de reiterada pelos textos legislativos, a necessidade da *heredis institutio* é alheia à realidade prática e não responde à nova consciência jurídica. As

⁵⁰ Nov. 115, 3 pr.

⁵¹ C. Th. 2, 19, 1=C. 3, 28, 27.

⁵² Cfr. IGLESIAS, *La Herencia en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno*, in *Estudios. Historia de Roma - Derecho Romano – Derecho Moderno*² (Madrid 1985) 271.

disposições testamentárias são válidas por si mesmas, com base na vontade do testador e independentemente da eficácia daquela formalidade, consoante se vê da doutrina seguida nos finais da época clássica a propósito da nulidade parcial do testamento motivada por qualquer causa.⁵³

Justifica-se, por outro lado, a manutenção teórica do princípio tradicional pela desnecessidade prática sentida pelos juristas romanos em o contratar abertamente ou renegá-lo quando, por meio do codicilo ou da cláusula codicilar, se patenteia possível conferir eficácia a toda a disposição. Não reveste importância prática, reputar codicilo e não testamento o acto *mortis causa* sem *heredis institutio*; ambos desempenham idêntica função. Constitui, no entanto, aquela qualidade ainda o factor usado por Justiniano para distinguir entre legado e fideicomisso e entre legado e *donatio mortis causa*, a qual tem lugar à margem do testamento. A eficácia do legado não depende pois da instituição de herdeiro.⁵⁴ Embora superada a antítese no direito justinianeu, subsiste a distinção testamento – codicilo. Considera-se oportuna a existência de um acto *mortis causa* de conteúdo e formalidades menores que o testamento. Aquele determina, porém, o aparecimento de um novo sistema de sucessão *mortis causa* por vontade do defunto, livre dos princípios tradicionais cada vez mais afastados da consciência social.

Inteiramente fundado na *voluntas* do disponente, substitui, na sua função prática, o testamento. O seu conteúdo amplia-se, quase coincidindo com aquele. Não é um instituto limitado a legados e fideicomissos. Admitido no sistema das disposições *mortis causa* ao lado do testamento, o codicilo vem a identificar-se com todo o acto escrito de última vontade que não reveste a forma testamentária e não contém instituição de herdeiro.⁵⁵

Surgido como algo que se acrescenta ao testamento, acaba por reconhecer-se, à semelhança do fideicomisso, a possibilidade de codicilos *ab intestato*. Conforme acompanhem ou não um testamento, distinguem-se codicilos testamentários e *ab intestato*.⁵⁶ Isto, porquanto, à pura luz do *ius civile*, quem deixa codicilo ou fideicomisso, continua a qualificar-se de *intestatus*. Se a disposição de última vontade não se outorga precisamente em testamento, o disponente morre intestado, embora o estatuído por si seja válido.

Projectando a vontade humana para além da existência, traduz o acto testamentário a representação máxima do individualismo jurídico. Criado como

⁵³ Cfr. BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, 207.

⁵⁴ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria y Donación*, 207-208.

⁵⁵ Cfr. BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, 630.

⁵⁶ I. 2, 25, 1.

forma civil, evoluciona para uma maior liberdade quanto à natureza e formas no direito post-clássico.

A compilação justinianeia, intentando manter a pureza clássica reproduz ou restabelece princípios fundamentais, alguns deles esquecidos por completo na vida real, como é o caso da instituição de herdeiro, de novo considerada *caput et fundamentum* do testamento. Inova também o direito justiniano, nomeadamente quanto ao montante e ao carácter da herança subtraída ao livre arbítrio do testador. A legítima de *um terço* ou *metade* segundo os casos, sem ficar reduzida a mera quota piedosa, *ex officio pietatis*, deixa ampla margem à disposição do *de cuius*.

Na concretização da sucessão testamentária ou voluntária, o testamento continua a ser o acto por excelência. Utilizá-lo, supõe dispor de toda a herança e não partes dela. Implica, de igual modo, a observância de rígidas formalidades, respeitantes ao outorgamento, expressão da vontade, instituição de herdeiro ou deserdação, condição e número de testemunhas.⁵⁷ Ao seu lado, os restantes modos de disposição revestem menor importância.

⁵⁷ Tit. Ulp. 20, 2-9; 21; D. 28, 1; I.2, 10.

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

