

DIREITO CIVIL

Póde revogar-se um testamento por
uma escriptura publica?

Por tres modos permittia a principio o direito romano que se revogasse um testamento: 1.º pela destruição voluntaria do acto material em que estavam contidas as disposições testamentarias: 2.º pelo cancellamento egualmente voluntario de todas as instituições; 3.º por um novo testamento (fr. 20, *de injusto, rupto, irritato facto testamento*, fr. 1.º § 3.º, *de his que in testamento delentur*, Inst. de Jus. § 3.º, *quibus modis testamenta infirmantur*, Maynz, *Cours de Droit Romain*, tom. 3.º, § 394, Accarias, *Précis de Droit Romain*, tom. 1.º, n. 341).

A esse tempo o direito romano não tolerava um acto — oral ou escripto — meramente revocatorio de um testamento.

A razão é que o testamento tinha o character augusto de uma lei, e uma lei só pode ser revogada por outra lei: *lex lege tollitur* (Troplong, *Dona-*

tions et Testaments, tom. 3.º, pag. 540 e seguintes) *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est*, dizia Ulpiano (fr. 35, *de regulis juris*).

Uma constituição de Honório e Theodosio (c. 6.ª C. Th.) modificou profundamente o direito até então vigente: decorrido o prazo de dez annos depois de feito um testamento, reputava-se este revogado, ou *rôto* (é o termo).

Finalmente, Justiniano estatuiu que, passados dez annos, o testador podia revogar seu testamento, ou por uma simples declaração oral em presença de tres testemunhas, ou por escripto,—*apud acta* (c. 27, *de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur*).

Consequentemente, no direito romano *actual* um testamento não se rompe unicamente pela destruição da cedula, ou pelo cancellamento das instituições, ou por um novo testamento. Expirado o lapso de dez annos (preceito absurdo que nenhuma legislação moderna perfilhou), pode revogar-se um testamento por uma declaração verbal diante de tres testemunhas, ou por uma declaração escripta (*apud acta*).

*
* *

Em relação ao ponto que estudamos, os actuaes codigos das nações cultas dividem-se em duas grandes classes: em uma estão todos aquelles que só facultam a revogação de um testamento por outro testamento, em outra os que permitem um acto expresso meramente revocatorio. Está subentendido que, tratando sómente da questão que nos preocupa, fazemos abstracção neste momento de tudo quanto preceitúam esses codigos sobre a destruição, ou laceramento, da cedula, ou sobre a obliteração das disposições — outros tantos meios de revogar testamentos.

O cod. austriaco (art. 719), o hespanhol (art. 738), o argentino (art. 3827), o da Luisiana (art. 1685), o do cantão de Zurich (art. 1042) e outros só permitem a revogação de um testamento por outro testamento, ou por um acto revestido de todas as formalidades essenciaes aos testamentos.

O cod. francez (art. 1035), o italiano (art. 917), o portuguez (art. 1755), o do cantão de Valais (art. 753), o de Neuchatel (art. 744), o direito inglez (Lehr, *Droit Civil Anglais*, n. 937, pag. 666) admittem expressamente a revogação de um testamento por um acto escripto sem as solemnidades testamentarias.

O código italiano não se satisfaz com as formalidades ordinarias das declarações de vontade; mas, não prescreve as mesmas solemnidades peculiares aos testamentos (C. Lasana, *Le Successioni Testamentarie*, pag. 515).

Muito expresso é o código portuguez, quando estatúe que a revogação do testamento póde ser feita em outro testamento, ou por escriptura publica.

Não esqueçamos que o recente código allemão, alto monumento de saber juridico, dispõe nos arts. 2254 e 2255 que um testamento se revoga por outro, ou pela destruição voluntaria do titulo testamentario, ou quando o testador faz nesse titulo quaesquer *modificações pelas quaes é costume exprimir a vontade de revogar uma declaração escripta.*

Isto posto, os códigos citados da ultima classe não applicam á revogação dos testamentos o brocardo contido no fragmento já transcripto de Ulpiano. «Neste ponto, diz o Sr. Dias Ferreira, não se segue a maxima: *Res eodem modo dissolvi debent quo fuerunt colligatae*, porque não é preciso exigir do testador tantas formalidades quando elle quer voltar á ordem legal da

successão, como quando d'ella quer desviar-se (*Cod. Civil Portuguez Annotado*, vol. 4.º, pag. 169).*

*
* *

No direito patrio não ha absolutamente disposição que permita, ou prohiba, a revogação de um testamento por escriptura publica (Accordam do Supremo Tribunal, de Portugal, de 2 de julho de 1872, publicado no *Diario do Governo*, n. 167).

A Ord., liv. 4.º, tits. 80 e 84, guarda silencio a respeito deste assumpto.

Dahi o affirmarem alguns que o testamento só póde ser revogado por outro testamento, ao passo que entendem outros que uma escriptura publica com duas testemunhas é meio efficaz de revogar um testamento.

O sabio Mello Freire não se pronuncia positivamente sobre a questão. Depois de ensinar que um testamento se rompe por outro, feito com todas as solemnidades legaes, diz-nos que a simples revogação em presença de tres testemunhas, decorridos dez annos, não infirma o testamento, por não estar em uso entre nós a Const. de Justiniano. E' evidente que Mello se refere á *revogação verbal*, que Justiniano permittio após o lapso de dez annos, contados do dia em que foi feito o testamento (*), e não da revogação, como suppõe Mello (*Inst. Jur. Civ. Lusit.*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 49).

Lobão sustenta galhardamente o pró e o contra.

E' este um dos pontos em que o assombrosamente erudito causidico beirão de tal n.odo se contradiz na sua chilra algaravia transmontana, que bem justifica a hyperbole candente com que o espirito me-

(*) Mainz, *loco citato*.

thodico e lucidamente systematisador de Alexandre Herculano estigmatizou essa «pilha de volumes repletos de erudições gravíssimas, pesadíssimas, pedantíssimas, onde o pró e o contra das opiniões dos juriconsultos se acham accumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das materias juridicas.»

Nas «Notas a Mello» escreve Almeida e Souza: «subsiste o testamento, ainda que o testador perante sete testemunhas diga que não quer valha a sua disposição ou testamento, menos que ou não faça outra ou passem dez annos (*aliter de usu hodierno*, Stryk. *Us. mod.*, L. 28, T. 3, § 7) depois do assim revogado testamento (e não do dia dessa declaração).» Affirma-se, pois, nesse trecho que só por outro testamento póde revogar-se um testamento (vol. 3.º, pag. 287 edição de 1883).

Entretanto, nas «Segundas Linhas» (vol. 3.º, pag. 166, edição de 1868), depois de firmar o principio de que «toda a materia da revogação do testamento se funda na verosimil vontade do testador, não só expressa, mas ainda tacita por conjecturas e indicios» disse Lobão: «Nem ainda basta que um testador diga simplesmente perante sete testemunhas que quer que não valha um testamento, que não abre nem rasga, e conserva intacto, para só por isso se subentender revogado, *se juntamente não accrescenta (e assim se provê) que não quer que valha, porque quer morrer ab-intestato.*» Parece claro que, feita essa declaração de que o testador quer morrer intestado, está revogado o testamento, posto que não seja feito outro testamento.

C. Telles e Coelho da Rocha são categoricos: para ambos uma escriptura publica com duas testemunhas é meio efficaz de revogar um testamento.

Eis as palavras do sabio auctor do «*Digesto Portuguez*»: «Tambem se pode revogar qualquer testamento, fazendo o testador escriptura em Notas, em que declare querer revogar o testamento feito, sendo a escriptura assignada pelo testador, e por duas testemunha além do tabellião (vol. 3.º, n.º 1883).»

C. da Rocha não é menos explicito: o testador póde até á sua morte revogar o seu testamento por meio de outro testamento posterior, valido e legal, ou «por outro acto solemne feito por tabellião, e assignado pelo mesmo testador e duas testemunhas (*Direito Civil*, vol. 2.º, § 724).»

Liz Teixeira (que não tem a autoridade de nenhum dos dois juriconsultos acima citados) tambem opina que «póde qualquer revogar, ou romper, o testamento por declaração tomada por tabellião, sendo a escriptura assignada, além deste, pelo testador e mais duas testemunhas (*Curso de Direito Civil*, vol. 2.º, pag. 345).»

Teixeira de Freitas (Nota ao art. 1.142 da *Consolid.*) ensina que um testamento se revoga por outro valido posterior, ou por agnação do posthumo. Nas notas ao § 113, 2.º, do *Tratado dos Testam.*, de Gouvêa Pinto, reproduz a citada nota da *Consolidação*, e transcreve egualmente os paragraphos em que se contém a doutrina de C. Telles e C. da Rocha, sem commentarios ou observações de especie alguma.

*
* *

Fallece-nos o subsidio da jurisprudencia patria sobre a questão. Pelo menos, não nos foi possivel descobrir casos julgados que manifestassem uma corrente determinada de doutrina.

Poderíamos appellar, o que já fizemos em parte, para a opinião commum dos doutores, que a Ord.,

liv. 3.º, tit. 64, § 1.º, manda observar na falta de leis patrias, costumes e estylos,—Ord. que não foi derogada neste ponto, nem pela lei de 18 de agosto de 1769, nem pelo alvará de 28 de agosto de 1772, que proscreveram apenas as opiniões de Accursio, Bartholo e Innerio (*Codigo Philippino*, por Candido Mendes, notas ao § citado, pags. 664. e 665).

Mas, ainda ahi pouco seria dado respigar, cumprindo ponderar sómente que os jurisconsultos posteriores a Mello e Lobão que trataram expressamente da questão que nos preocupa sustentáram a revogabilidade de um testamento por umá escriptura publica, como já mostrámos.

*
* *
*

Aquelles que opinam pela inefficacia da escriptura partem da erronea supposição de que em direito romano um testamento só se revoga por outro. Assim foi no antigo direito. No direito justiniano, porém, bastavam tres testemunhas ou um escripto—*apud acta* para a revogação do testamento.

Ora, si no proprio direito romano, quando o testamento foi perdendo o character de lei, não mais se respeitou o principio formulado por Ulpiano no já citado fragmento—«*nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est*»—, como pretender que vigóre esse principio no direito patrio, em que pela lei de 25 de junho de 1766 e especialmente pela de 9 de setembro de 1769 declarou o legislador preferir a successão legitima, por ser mais conforme á razão natural? Note-se que no preambulo da citada lei de 9 de setembro foi expressamente declarado que o *espirito* da nossa legislação em materia de successão é *diametralmente opposto* ao da le-

gislação romana, na qual o principio dominante era o consagrado na *lei das XII Taboas: uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, dando-se, pois, preferencia em direito romano á successão testamentaria. Note-se mais que o decreto de 17 de julho de 1778, que suspendeu em parte a lei de 9 de setembro, conservou-a em pleno vigor no que concerne ao assumpto que nos preoccupa.

Por outro lado, como ensina Mello (liv. 3.º, tit. 5.º, § 50), reputa-se vigente o direito romano na parte em que permittia o rompimento de um testamento pela laceração da cédula testamentaria, ou pela obliteração das disposições (fr. 20, *de injusto, rupto, irrito, facto testamento*, fr. 1.º, *de his quæ in testamento delentur*). Essa doutrina romana, observa com razão Trigo de Loureiro, é summamente incerta e arriscada, sendo muito mais segura a do cod. civ. francez e das outras legislações que citámos, as quaes admittem a revogação por uma escriptura publica (*Inst. de Dir. Civ. Brazil.*, § 379).

Si o testador consulto, diz Lobão, cancellou, obliterou, rasurou seu testamento, ou riscou a sua subscripção e a das testemunhas, julga-se o testamento revogado no todo (*Segundas Linhas, Dissert.*, vol. 3.º, pag. 177 da edição de 1868). Ora, é intoleravel puerilidade permittir a revogação por esse modo, e vedal-a por escriptura publica.

Demais, obrigar o testador a fazer novo testamento para revogar um anteriormente feito póde ser muitas vezes um grave constrangimento. E' possivel que tenha motivos reservados para não fazer novo testamento, para nutrir a vontade de morrer intestado. Si o testamento é cerrado ou mystico, ou aberto por escripto particular, e perdeu-se, ou foi substrahido,

como revogal-o *meramente*, a não ser pelo meio que nos parece aceitavel?

No direito patrio mais do que em qualquer outra legislação tem cabimento o preceito enunciado pelo Sr. Dias Ferreira: não é preciso exigir do testador tantas formalidades, quando elle quer voltar á ordem legal da successão, como quando d'ella quer desviar-se.

A successão legitima é da indole do nosso direito.

Por todas essas razões abraçamos a opinião de C. Telles e C. Rocha: um testamento póde ser revogado por uma escriptura publica.

Bem sabemos que não faltam juristas que irreflectidamente reproduzem a opinião contraria como doutrina incontroversa. Assim procedendo, elles fazem como as andorinhas de que nos falla Alexandre Caetano Gomes no seu *Manual Pratico, Judicial, Civil e Criminal*, as quaes, quando uma vôa, vôm todas.

S. Paulo, 18 de outubro de 1897.

Dr. Pedro Lessa

