

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



ANO V

1948

REVISTA DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PAULO CUNHA—LUIZ PINTO COELHO
INOCÊNCIO GALVÃO TELES

ÍNDICE

DOCTRINA

<i>Penetración del Derecho Castellano en la Legislación Indiana</i> , pelo Prof. RAFAEL ALTAMIRA	7
<i>La Théorie Unitaire des Titres de Crédit</i> , pelo Prof. JEAN ESCARRA	50
<i>Venda Obrigatória e Venda Real</i> , pelo Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELES	76
<i>Modificação ou Supressão de Vantagens Especiais nas Sociedades por Quotas</i> , pelo Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELES	88
<i>O Direito de Superfície</i> , pelo Prof. RAUL VENTURA	104

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

<i>Sonegação de bens objecto de depósito solidário — Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 15 de Julho de 1948. Comentário pelo Prof. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO</i>	129
--	-----

BIBLIOGRAFIA

ANTÓNIO HERNANDEZ GIL, <i>El Testamento Militar</i> — R. V.	155
PAULO MERECA, <i>Fragmenta Gaudenziana</i> — R. V.	166
GASTON MARTIN, <i>Histoire de l'Esclavage dans les Colonies Françaises</i> — S. C.	168

PROJECTOS DE LEI

<i>Dos Contratos em Especial (I e II, Compra e Venda e Locação)</i> , pelo Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELES	173
<i>Apreciação Crítica do Projecto do Código Penal dos Indígenas da Colónia de Moçambique</i> , pelo Assist. SILVA E CUNHA	231

DIVERSOS

Nota sobre algumas modalidades de contrato de trabalho — T. F.	253
Valor das afirmações doutrinárias contidas em sentenças — T. F.	257
Conferência preparatória de Representantes das Universidades — G. T.	261
Trabalhos preparatórios do Terceiro Congresso Internacional de Direito Comparado — G. T.	265
Documentos sobre o Terceiro Congresso Internacional de Direito Comparado	268

VIDA INTERNA

Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ...	279
Distribuição de regências na Faculdade de Direito de Lisboa no Ano Lectivo de 1947-1948	283
Número de alunos inscritos na Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1947-1948	285

TRABALHOS DE ALUNOS

<i>Da Solidariedade nas Obrigações</i> , por MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA	289
---	-----

ANTÓNIO HERNANDEZ (GIL) — *El testamento militar* (en torno a un sistema hereditario militar romano) — Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos; série 3.^ª: Monografias de Derecho Español — Madrid, 1946.

O autor, numa pequena introdução, expõe o interesse do tema: as normas reguladoras da sucessão dos militares constituem as guardas avançadas da evolução do direito sucessório romano. Com efeito, o estudo do *testamentum militis* não revela mero privilégio formal, mas descobre um sistema sucessório específico, depois transformado em sistema geral.

O estudo desdobra-se em cinco escalões principais, que se ocupam, respectivamente, da forma, da capacidade, do conteúdo, do fundamento e da natureza jurídica, quanto ao *testamentum militis* e quanto ao sistema hereditário militar.

O primeiro problema colocado versa as relações entre o *testamentum militis* e o *testamentum in procinctu*. Expõe opiniões que consideram o *testamentum in procinctu* antecedente do *testamentum militis*, mas repudia-as, por não encontrar entre os dois testamentos nem segura continuidade histórica, nem conexão conceitual. A circunstância de existir um traço comum entre eles — a guerra — não é bastante para fazer esquecer as fundamentais divergências de natureza e regime jurídicos. Acima de tudo, falta no *testamentum in procinctu* a poderosa vitalidade do *testamentum militis*, que o torna factor determinante das modificações do sistema sucessório romano e precursor do actual.

A seguir determina o alcance e o significado do *testamentum militis*, encontrando-os nas palavras «...militibus, quoquo modo velint, et quo modo possunt, testamentum facere concessum est», que interpreta amplamente, como devendo ultrapassar o aspecto formal e revelar a criação para os militares de direito sucessório mais benigno, desprovido de rigor estritamente jurídico.

Trata de dois problemas relativos à forma constitutiva desse testamento: um, que decide admitindo tanto forma escrita como nuncupativa; outro — o da *convocatio hominum* — em que conclui pela desnecessidade de convocação especial das testemunhas. Quanto a este último problema, acha incorrecta a forma tradicional de o colocar, pois a questão exposta e resolvida em D. 29.1.24 não consiste em saber se o *testamentum militis* exige a *convocatio* das testemunhas, mas sim em determinar se pode realizar-se oralmente, porventura na presença de testemunhas convocadas.

Depois de breve referência à revogação do testamento militar, passa a tratar da questão bastante complexa da validade do testamento ordinário como *testamentum militis*. Pergunta se o testamento de direito comum vale como testamento militar, se o testador tiver entretanto adquirido condição militar. A dúvida principal que a tal respeito se levanta não respeita aos textos em que a solução afirmativa é submetida a alguns requisitos especiais, mas aos que determinam a influência da vontade nessa alteração de regime jurídico. Discute-se, com efeito, se é indispensável para a validade *iure militari* do testamento uma manifestação de vontade expressa ou tácita, nesse sentido, ou se basta a inexistência de vontade contrária, opiniões sustentadas conforme as interpolações atribuídas a vários textos.

A contradição entre esses textos (D. 29.1.15.2, por um

BIBLIOGRAFIA

lado, D. 29.1.9. pr. e 1, por outro, não pode, segundo o autor, desaparecer por meios dogmáticos, devendo ser tratada historicamente. O estudo das interpolações dos referidos textos não tem conduzido a conclusões firmes: uns afirmam o carácter *justineaneu* de todas as referências à vontade que neles se deparam, de modo que o direito clássico deduziria de factores objectivos a submissão dos testamentos ao regime especial dos militares; outros mantêm como autêntica a frase *si militis voluntas contraria non sit* e eliminam as que a contradizem. A segunda opinião é preferida pelo Prof. H. Gil, para quem, portanto, o direito clássico exige um elemento subjectivo, embora se contente com a falta de vontade contrária à validade como *testamentum militis*.

O estudo da *testamenti factio* é pormenorizadamente conduzido, quer quanto ao lado activo, quer quanto ao passivo, encetando depois o estudo do conteúdo, completado com um apêndice, onde são indicadas normas não pertencentes ao direito sucessório nas quais é concedido ao *miles* tratamento jurídico excepcional, bem como as regras de direito hereditário comum aplicáveis aos *milites*.

A cabeça do conteúdo do direito hereditário militar coloca o autor a inapplicabilidade da regra «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», com quatro importantes consequências: validade da instituição *ex certa re*; inexistência do direito de acrescer; validade da instituição *ex die e ad diem*; validade da instituição submetida a condição resolutiva.

Depois, sucessivamente, ocupa-se dos seguintes aspectos: o militar que instituir herdeiro um escravo não tem que manifestar a vontade de o manumitir; a deserção é válida, mesmo que seja feita tacitamente, exigindo-se, contudo, que o testador saiba que tem um filho; a *agnatio postumi* não rompe o testa-

mento, desde que tal seja vontade do testador; contra testamentos outorgados por militares não é admissível a *querela inofficiosi testamenti*; é derogada a *Lex Falcidia*; podem coexistir validamente vários testamentos de militar, embora no direito justineaneu devesse manifestar-se a vontade nesse sentido; o benefício de inventário começou por ser instituição própria dos militares; o militar pode instituir herdeiro em codicilo.

O quinto capítulo é dedicado ao fundamento do testamento militar e, em geral, do sistema hereditário militar.

Os fundamentos invocados pelas fontes — *imperitia, simplicitas*, ignorância dos militares, gratidão dos imperadores, perigo inerente à guerra — são insuficientes. Designadamente, os três primeiros, invocados com mais frequência, poderiam justificar que o testamento se fizesse como o militar pudesse, mas nenhuma ligação têm com a regra *quo modo volent*, bastante mais operosa. A ideia de perigo, sobre a qual alguns autores modernos insistem, é passível de críticas semelhantes. Igualmente é insatisfatório o critério meramente político, pois a criação do regime sucessório militar não pode ter resultado simplesmente de fins de captação política.

Segundo o Prof. H. Gil, a origem e o carácter do *testamentum militis* encontram-se na composição e organização do exército romano na época imperial. A romanidade dos soldados tornara-se uma ficção; o exército é uma *milicia provincialis fidelissima*. Mas estes soldados só dificilmente se amoldavam a um direito alheio às suas práticas e ao seu espírito. Este contraste entre a «nacionalidade das pessoas e a nacionalidade das normas» obriga à simplificação técnica das instituições testamentárias romanas. Não houve, porém, recepção na ordem jurídica romana, de direitos estrangeiros: houve despersonalização das próprias normas, que, prescindindo do que nelas havia de genuinamente romano, se aproximam de sistemas jurídicos peregrinos.

BIBLIOGRAFIA

Dentro do mesmo capítulo, estuda ainda o autor os efeitos da reforma hereditária justineana, na qual se aproximam testamento militar e testamento comum e compara o *testamentum militis* com o fideicomisso e o codicilo.

O último capítulo trata da natureza do *testamentum militis* e das regras sucessórias dos militares.

A terminologia das fontes é imprecisa: *privilegium*, *beneficium*, *ius singulare*, *ius militare*. As dúvidas fundamentais respeitam a *privilegium* e *ius singulare*. Quanto a *ius militare* só adiará a dificuldade, pois exigiria nova questão de natureza jurídica.

A doutrina corrente necessita de ser esclarecida, visto que qualifica o *testamentum militis* como testamento privilegiado e simultaneamente apresenta-o como exemplo de *ius singulare*.

Distinguem-se dois conceitos de privilégio: um restrito, em que é referido a uma determinada pessoa, relação ou bem; outro amplo, em que se refere a todas as pessoas que se encontrem em determinadas circunstâncias. A doutrina corrente sobre a natureza do *testamentum militis* encontra desculpa na circunstância de o privilégio em sentido amplo ser direito singular. No entanto, o Prof. H. Gil propõe-se analisar ainda esta conclusão, averiguando se não será possível desligar por completo o *privilegium lato sensu* do *ius singulare*. Com efeito, este deixa de coincidir com aquele na medida em que for dominado por fins de equidade e não pelo intuito de favorecer certa classe. Esta análise desdobra-se em duas fases: determinação do conceito rigoroso de *ius singulare* e sua aplicação ao *testamentum militis*.

O conceito de direito singular é estudado através dos elementos da célebre definição de Paulo em D. 1.3.16. Quanto à *utilitas*, concebe-a como especificação da *utilitas* geral do direito privado, repudiando a tese de Savigny, quanto ao carácter

jurídico do *ius singulare*. A especificidade da *utilitas* corresponde a da *ratio* própria do direito singular. Por este prisma se distingue o direito singular do direito especial (*ius proprium*), caracterizado por figurar como pressuposto na norma um estado de facto mais restrito e limitado. Também o *ius singulare* não pode ser confundido com as *singularitates iuris*, às quais — e só às quais — se aplica a regra proibitiva de interpretação extensiva. Quanto ao último elemento da definição de Paulo (*autoritate constituentium introductum est*) entende que o direito singular tanto procede de fontes legislativas como da obra dos jurisconsultos.

As regras da sucessão dos militares, embora não constituam um todo orgânico e uniforme e apesar de nelas se reflectir uma preocupação política, contêm os requisitos do *ius singulare*. Só no direito *justineaneu*, abrandadas em larga medida as diferenças entre a sucessão militar e a comum, se pode falar num direito especial ou *ius proprium* dos militares.

* * *

Desejo apenas focar em especial dois pormenores do notável trabalho do Prof. H. Gil.

I — Afigura-se-me duvidosa a extensão atribuída às palavras *quomodo velint* e *quomodo possint*, que, segundo o autor, transcenderiam largamente o campo da forma do testamento.

Não pretendo, de maneira alguma, pôr em dúvida a qualificação das regras de sucessão dos militares como *ius singulare*, mas apenas hesito em admitir que a referida frase — e sobretudo as palavras *quomodo velint* — possam, só por si, representar a «submissão a um direito distinto, mais benigno, despojado de todo o rigor estritamente jurídico...».

É certo que Trajano pretende libertar os soldados das dificuldades que nasceriam se os seus testamentos estivessem

BIBLIOGRAFIA

sujeitos *ad diligentiam et observatiam legum*, mas nada força a supor que o imperador tenha nesse mandato em vista todas as singularidades do regime da sucessão militar. Ao contrário, do próprio D.29.1.1.pr. pode deduzir-se que só foi considerado o aspecto formal, como aliás resulta igualmente dos textos onde aparece a discutida frase.

As palavras finais do fragmento inicial do título «De testamento militis» do Digesto, são «...existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris».

Ora, é tão clara a ligação, neste texto, da *nuda voluntas* às frases *quo modo volent* e *quo modo poterint*, como é clara a significação clássica de *nuda voluntas* (vontade desprovida de forma — v. por ex. Gaio, II, 167 e 169, contrapondo a *nuda voluntas* à *cretio*). Com este fragmento podem relacionar-se D. 29.1.15.1 (*sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest*) e D. 29.1.35 (*nam militis testamentum sola perficitur voluntate*), que provam no mesmo sentido. E só não argumento com o tão claro início do Tit. XI do Livro II das Institutas porque poderia dizer-se que a restrição ao aspecto formal, aí nítida, corresponde ao pensamento limitativo justineaneu.

Por outro lado, a análise dos textos onde se lê a frase discutida, mostra que esta é invocada quanto à forma do testamento.

Em D.29.1.24 (*ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint*) está colocado um problema formal: o de saber se o *testamentum militis* pode ser nuncupativo.

Em D.29.1.40 (*militibus, quoquo modo velint, quoquo*

modo possunt, testamentum facere concessum est) discute-se a validade do testamento ditado a um taquígrafo e ainda não passado a escrita corrente.

D. 29.1.44 e C. 6.21.17 não permitem descobrir qual o aspecto que tinham directamente em vista, mas não excluem a preocupação de forma.

Quanto a C. 6.21.15, poderia parecer que a frase *quomodo possint ac velint, testentur* se reporta à *testamenti factio* passiva. Não é, porém, assim. O texto ocupa-se dos requisitos formais e dos requisitos de capacidade, mas separa-os, declarando primeiro que o militar que deseje testar em benefício de qualquer pessoa, o faça como queira e possa; a seguir, determinando que não se investigue a capacidade das mulheres ou filhos beneficiados; finalmente, retomando o aspecto formal, para esclarecer o alcance da liberdade concedida.

Guardei para último lugar C. 6.21.3, cuja difícil interpretação me impede de afirmar com completa firmeza tese contrária à do Prof. Hernandez Gil. Todavia, o texto afigura-se-me gravemente alterado, pois a parte final contém uma hipótese que não joga com o início, visto que esse caso de acréscimo legal da instituição da filha «*ex duabus unciis*» e da esposa «*ex uncia*», nada tem que ver com a liberdade de testar, como quiser. E se o texto for realmente alterado, já nada obriga a supor que a *institutio in Valeriani quondam Centurionis testamento* era originariamente apreciada sob aspecto não formal.

II — O Prof. H. Gil, ao tratar da validade do testamento ordinário como *testamentum militis* designa o fenómeno por «conversão» (págs. 57 e 169).

No meu livro «A conversão dos actos jurídicos no direito romano» apresentei uma hipótese de relações entre o testamento comum e o testamento militar, contemplada em D. 29.1.3. Um soldado, que tinha intenção de testar por direito comum,

BIBLIOGRAFIA

faleceu antes de o testamento ser perfeito; pergunta-se se valerá como testamento militar.

O caso tratado pelo Prof. H. Gil é muito diverso: o testamento foi celebrado antes de o testador iniciar a carreira militar; adquirida posteriormente a condição militar, considera-se sujeito às normas vigentes para o *testamentum militis*, se: a) o testador, *militiæ tempore*, abre, lê e sela de novo o testamento; b) introduz nele alguma modificação; c) de algum modo manifesta a sua vontade nesse sentido.

Pretendo apenas averiguar se, segundo o conceito que esbocei no livro referido, esta será uma hipótese de conversão («Entendemos que a conversão existe quando um acto, que deveria receber certa qualificação, é objecto de qualificação diversa, cujos requisitos também possui, a fim de evitar a nulidade que a efectivação da primeira causaria»; ob. cit. pág. 49).

A primeira questão que se suscita é a de saber se o testamento comum se torna inválido pela profissão militar do outorgante. Respondo negativamente. Se o próprio militar pode testar *iure communi* (D. 29.1.3 e 38.1), não há motivo para o testamento ordinário já feito ser afectado pela nova carreira do testador. Aliás, as fontes perguntam se o testamento feito *ante militiam* passa a valer *iure militari*, não duvidam que possa continuar a valer *iure communi*.

Aos olhos dos romanos, o testamento comum e o testamento militar eram instituições jurídicas distintas, complexos de normas e efeitos jurídicos perfeitamente separados, cuja aplicação resulta de actos jurídicos diversos, um dos quais se caracteriza pela forma, outro pela *nuda voluntas*. O militar pode escolher entre eles; o civil não tem, por definição, tal escolha.

Em segundo lugar, pode perguntar-se se as fontes investigam a validade *iure militari* do *testamentum ante militiam*

factum; quer este seja válido, quer inválido, ou se pressupõem a sua invalidade. A dúvida não é produto de mera fantasia. Em I.2.11.4 lê-se: «Sed et si quis ante militiam *non iure* fecit testamentum, et miles factus, et quædam adiecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentis quasi ex nova militis voluntate». A expressão *non iure* traduz certamente a invalidade do testamento.

Ora, nos textos do Digesto, nada está expresso a tal respeito. D. 29.1.9.1, D. 29.1.15.2, D. 29.1.20.1 e D. 29.1.25 não contêm qualquer elemento que permita supor a restrição do problema à invalidade do testamento.

Deste confronto podem tirar-se duas conclusões :

— Mais uma vez se revela a tendência de Justiniano para restringir a aplicação do sistema sucessório militar.

— No direito clássico, a hipótese não é de conversão, visto que a sujeição do testamento comum ao *ius militare* não é determinada pela necessidade de evitar uma nulidade que a primeira qualificação acarretasse.

Aliás, falta ainda outro requisito da conversão, pois no momento em que o acto é celebrado só pode ser válido como testamento comum, quando a conversão exigiria que o acto tivesse *ab initio* os requisitos exigidos pelas duas qualificações.

Afastada a ideia de conversão, deve buscar-se outra explicação da chamada «validade *iure militari* do *testamentum ante militiam factum*».

Em meu entender, o problema resolve-se, reconhecendo que a realidade escondida através de palavras enganosas é a não validade, em caso algum, *iure militari* do testamento *ante militiam factum*. É certo que as fontes, à primeira vista, parecem excluir esta afirmação, mas elas atribuem validade ao testamen-

to comum refeito *iure militari*, isto é, a um *testamentum militis*, que veio substituir o testamento civil.

Parecem-me fundamentais D. 29.1.9.pr., de Ulpiano, e D. 29.1.25, de Marcelo. No primeiro lê-se: «nam videtur iure militari refecisse testamentum»; no segundo, acentua-se que o privilégio não é concedido aos testamentos *de militares*, mas aos feitos *por militares*, afirmação que aparece para justificar a exigência expressa na frase «nihil si postea ab eo factum, dictum esse probaretur, quod valere vellet».

Esta conclusão influi no problema da interpolação de D. 29.1.15.2 — [*si militis voluntas contraria non sit*] — em sentido diverso da tese de Hernandez Gil. A frase deve considerar-se interpolada, visto que a inexistência de vontade contrária não corresponde à renovação *iure militari* do testamento.

Já quanto às interpolações de D. 29.1.9.1, D. 29.1.20.1 e D. 29.1.25, *in fine*, a referida conclusão não tem qualquer influência. Com efeito, estas respeitam ao problema de saber se a pura manifestação de vontade constitui renovação do testamento ou se nesta são incluídos apenas elementos objectivos, como a assinatura, leitura ou correcção do testamento, para a solução do qual não pode, pois, concorrer o simples reconhecimento da exigência da renovação.

Limito-me, quanto a este último problema, a observar que ele não pode ser resolvido invocando o carácter geralmente interpolado das remissões para a *voluntas testatoris*, porque a relevância da *voluntas* quanto ao *testamentum militis* é uma daquelas «consagrações antecipadas», de que tão elegantemente fala o Prof. Hernandez Gil.

R. V.