

CONCURSO DE DIREITO CIVIL

Si são válidos os testamentos conjuntivos feitos antes do Código Civil e abertos depois de sua promulgação

(Ponto número 20)

Lino Moraes Leme

1. O Código Civil dispõe, no artigo 1.629: “Este Código reconhece como testamentos ordinários: I. O público. II. O cerrado. III. O particular”. E, no artigo imediato: “É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou corresponsivo”

Daí surge a questão proposta.

2. E surge porque no direito anterior se admitia o testamento conjuntivo, também chamado de *mão comum*, porque, quando cerrado ou particular, era uma só a mão que o escrevia; e ela procedia como si pertencesse a ambos os disponentes.

3. O testamento de mão comum é de origem germânica, e, passando para os costumes da Idade Média, veio a ser consagrado em algumas legislações.

Os nossos praxistas reconheciam a validade dessa forma testamentária, referindo-se à qual diz Valasco — *indubitanter in praxi receptum est*.

4. No entanto, desde tempos antigos foi combatido o testamento conjuntivo, razão por que vários códigos, entre os quais o nosso, expressamente o suprimiram.

No direito moderno, raros são os códigos que ainda admitem essa forma de testar — entre eles o código alemão e o código austríaco.

5. Antes de passar adiante, lembremos as formas pelas quais se apresentava o testamento conjuntivo. Ele era:

- a) simultâneo;
- b) recíproco;
- c) corresponsivo.

6. Testamento conjuntivo *simultâneo* é aquele no qual os cônjuges testam a favor de terceiros.

Testamento conjuntivo *recíproco* é o no qual os cônjuges testam em benefício um do outro.

Testamento conjuntivo *corresponsivo* é aquele em que as disposições recíprocas são estabelecidas como retribuição de um cônjuge a outro, pelo benefício representado pela disposição testamentária.

7. O Código Civil, para não deixar dúvida que permitisse a sobrevivência de qualquer uma dessas formas de testamento, a elas se referiu discriminadamente.

8. Quais as razões por que os escritores condenam, e a maior parte dos códigos fulminam, os testamentos conjuntivos? E' o que passamos a expôr.

9. O testamento conjuntivo é, por sua natureza, irrevogável. Com efeito, para que se desse a revogação, seria mistér a conjunção das vontades. Assim, ficava um cônjuge na impossibilidade de revogar sózinho esse testamento.

Ora: o testamento é, por sua natureza, um acto essencialmente revogável — *usque ad vitam supremam exitus*.

E essa revogação às vezes se impunha, pela ocorrência de fatos novos, ou por dissídio na sociedade conjugal, o qual podia muitas vezes levar os cônjuges a se desquitarem.

10. Outrossim, o testamento conjuntivo envolve um pacto sucessório, sempre condenado em nosso direito, e a que o Código civil expressamente se refere, no artigo 1.089, dispondo: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”

Esses pactos sucessórios geralmente constituem condições captatórias. Não podiam, portanto, ser admitidos; o testamento é um ato que a lei cerca de garantias especiais, para assegurar a livre manifestação da vontade do testador.

11. A propósito, deve-se recordar que as solenidades estabelecidas pela lei visam — ora assegurar a publicidade do ato, ora garantir a livre manifestação da vontade.

Dessa última natureza são as formalidades estabelecidas para o casamento e para o testamento.

Si a lei cercou, assim, de garantias especiais, determinados atos jurídicos, foi porque pretendeu afastar, deles, a possibilidade de coação, ou de captação da vontade.

12. O Código português também proíbe expressamente os testamentos conjuntivos. Não esqueceu, porém, de consignar a validade dos testamentos anteriores, embora viessem a ser abertos após a vigência desse Código.

13. Entre nós a doutrina se tem manifestado pela validade dos testamentos de mão comum, anteriores ao Código civil. Nesse sentido ha, entre outros, pareceres dos juriconsultos Alfredo Bernardes da Silva e Epitácio Pessoa. Contra, porém, se acha o grande Clovis Bevilacqua, em seus comentários ao Código Civil.

A jurisprudência tem acompanhado a primeira corrente, salvo um ou outro julgado. Da Córte de Apelação de S Paulo conhecemos apenas um julgado, decidindo pela invalidade (decisão de uma turma de apelação), contra quatro, resolvendo que são válidos os testamentos de mão co-

mum, feitos antes do Código Civil, mas abertos após a promulgação e publicação do mesmo.

14. Nem só em nosso direito houve controvérsia a respeito. Também no direito italiano e francês, principalmente no primeiro.

Argumentando em prol da validade, dizem uns que se trata de questão referente à *fórmula*, e que, por conseguinte, sendo o ato perfeito quando foi feito, é impertinente cogitar-se de sua validade.

Os que pensam de maneira contrária entendem que, no caso, a matéria se refere ao *conteúdo*; e que, nessas condições, deve reger a lei do tempo da abertura do testamento.

Ha uma terceira corrente, no direito italiano, admitindo a primeira solução, quando se trata de disposições em favor de terceiros, e opinando pela segunda solução, quando se trata de disposições de caracter recíproco ou correspondivo.

Qual dessas soluções, a melhor?

15. A questão sobe de vulto, quando se vêm os nomes dos juriconsultos que defendem essas soluções:

a) sustentando a validade, podemos citar a PACIFICI-MAZZONI e AUBRY;

b) entendendo que o testamento é inválido, temos BORSARI e GABBA;

c) opinando pela terceira solução, referem-se RICCI, DEMOLOMBE.

16. A controvérsia se prende a verificar si se trata de disposição *formal*, ou de disposição referente ao *conteúdo*, a que nega valor aos testamentos conjuntivos. Na primeira hipótese, força é concluir pela validade; e, na segunda, pela invalidade.

17 Os escritores, tratando das formalidades do testamento, classificam-nas em: a) internas e externas, ou b) intrínsecas e extrínsecas, ou ainda c) interiores e exteriores.

E' bem de ver que o *conteúdo* é representado, nessas classificações, pelas formalidades *internas, intrínsecas* ou *interiores*.

Si fossemos discutir o mérito dessas classificações, longe poderíamos ir, mas sem vantagem para a resolução da tese, visto que, em qualquer hipótese, se tratará de verificar si, no testamento *conjuntivo*, a prática do ato, em conjunto, é uma questão de *fôrma* (formalidade externa, extrínseca ou interior) ou de conteúdo (formalidade interna, intrínseca, interior).

18. Vejamos qual a solução a dar a um assunto conexo: será válido o testamento de um menor, que tinha dezeses annos cumpridos ao fazê-lo, uma vez que, por lei posterior, seja vedado o testamento aos menores, com essa idade?

Tambem a respeito divergem os escritores:

a) GIANTURCO e FULCI opinam pela invalidade desse testamento;

b) UNGER decide pela validade;

c) outros escritores distinguem: si o menor, ao falecer, havia atingido o limite da idade estabelecido pela lei, revalidava-se o testamento, de acôrdo com o principio — *ambulatoria est voluntas testatoris, usque ad vitam supremam exitus*, entendendo-se, portanto, que o testamento fôra confirmado; em hipótese contrária, isto é, falecendo o testador sem haver atingido o aludido limite, tornava-se ele inválido.

O nosso Código resolveu a disputa no sentido preconizado por UNGER, quando, tratando de capacidade testamentária ativa, estabeleceu: “A incapacidade superveniente não invalida o testamento eficaz, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade” (artigo 1.628)

19. Analogamente, a nosso ver, deve ser resolvida a questão proposta, uma vez que o dispositivo transcrito considera as condições referentes á pessoa do testador, uma questão de *fôrma*.

20. GABBA, entre outros, se alista entre os que decretam a invalidade do testamento de mão comum, no caso discutido. Mas é o próprio eminente mestre quem ensina, noutro passo de sua obra clássica — *Retroattività delle Leggi* — que o testamento se reputa ato perfeito, na data em que se formou.

21. Como vimos, a questão se resolve pela aplicação analógica de nosso direito, nos termos do artigo 7.º do Código Civil e 113 n. 37 da Constituição federal. Resa o primeiro: “Aplicam-se aos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito” Diz o segundo: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito, ou por equidade”

22. E’ sabido que a analogia pode ser: a) da lei; b) do direito. SCIALOJA ainda acrescenta a analogia de escopo, applicavel ao direito administrativo.

Tendo visto a solução, em face da analogia da lei, nem por isso nos dispensamos de demonstrar que tambem a poderíamos encontrar pela outra fôrma de analogia, a que vai buscar a semelhança no direito comparado.

23. Com efeito, no direito português, como já observámos, ha um dispositivo ressalvando os testamentos de mão comum, anteriores á data em que entrou em vigor o Código Civil português. Pois bem: por aplicação analógica desse dispositivo, á mesma conclusão se chegaria, isto é — ao reconhecimento de igual regra em nosso direito, completando a disposição editada no artigo 1.630.

24. A terceira corrente que citámos, no direito italiano, propugnando a validade do testamento de mão comum, quando for *simultâneo*, e a sua invalidade, quando *recíproco* ou *correspetivo*, é que em absoluto se justifica.

De fato: ou bem se trata de uma questão de *fôrma*, ou de *conteúdo*, e as soluções têm de ser radicais, conforme o ponto de vista que se defenda. Mas, entrar na análise da disposição, para, com fundamento na mesma, concluir-se pela validade, ou não, do testamento em conjunto, é o que se não pode defender. É uma questão de “ser” ou “não ser”

25. É de notar que ha quem defenda os testamentos conjuntivos tambem entre irmãos. Vários de nossos praxistas se alinham nessa lista. Mas aqueles códigos que conservaram o testamento conjuntivo, excluíram deliberadamente as outras fôrmas desse testamento, que não a dos cônjuges — assim o código alemão e o austríaco.

A referência a esse ponto é feita unicamente para não ser ele omitido, na elucidação da questão exposta.

26. Com o mesmo objetivo vamos referir uma opinião que, para admitir o testamento conjuntivo, procurou afastar um dos principais argumentos apresentados contra essa fôrma testamentária — a referente à sua irrevogabilidade.

Segundo a opinião, a que aludimos, o testamento conjuntivo não seria irrevogavel (a não ser por mútuo acôrdo), pois qualquer dos cônjuges poderia separadamente revogá-lo.

Como se vê, procurava-se alí uma fôrma que destoava, inteiramente, da praxe estabelecida, além do inconveniente de permitir um ato de surpresa, que o direito não podia admitir.

É bem de ver que, dada a sua natureza, o testamento conjuntivo envolvia um verdadeiro contrato: em beneficio de terceiros, si *simultâneo*; em beneficio dos próprio conjuges, nas outras fôrmas desse testamento. Sendo *recíproco* ou *correspetivo*, ninguem poderia contestar, ao cônjuge sobrevivente, o direito de fazer novo testamento, por haverem caducado as suas disposições; si, porém, se tratava de testamento *simultâneo*, já a questão era mais difficil. Mas, em

vida dos cônjuges, certamente que o testamento conjuntivo era irrevogavel.

Não nos detemos nesse ponto, nem cogitamos de outros correlatos, por não interessarem à solução da tese, que nos foi proposta, e que versa unicamente quanto à validade do testamento conjuntivo, aberto depois da vigência de nosso Código Civil.

27. Trata-se de hipótese não prevista na lei, e no caso de silêncio ou de omissão da mesma, é mistér recorrer-se à analogia, ou aos princípios gerais de direito, ou à equidade.

Nós resolvemos a questão, considerando-a como um ato formal, pela analogia com o art. 1.627 n. I do Código Civil. Resolvêmo-la também, pela aplicação da analogia de direito, recorrendo ao Código Civil português. Outra não seria a conclusão, si recorressemos aos princípios gerais de direito ou à equidade.

Quanto aos princípios gerais de direito, seria de lembrar-se que os cônjuges não estão impedidos de se beneficiar reciprocamente, em face do Código Civil, uma vez que o façam em testamentos separados, embora feitos na mesma ocasião. E não se poderia esquecer o nosso direito anterior, e as disposições do Código Alemão e do Código Austríaco, admitindo o testamento conjuntivo entre cônjuges.

Quanto ao argumento em face do nosso Código Civil — o que permite as liberalidades entre cônjuges, mas em testamentos separados, seria de lembrar que os testamentos de mão comum sobreviveriam por uma ficção de direito. Bastará que os cônjuges adotem a cautela de fazer os seus testamentos em atos separados, para que atinjam a mesma finalidade dos testamentos conjuntivos.

E assim vemos que o objetivo colimado pela lei, foi não só afastar a possibilidade de captação, como também permitir a revogação das liberalidades que um cônjuge fizesse ao outro. Não sendo ato conjunto, não fica um preso à vontade do outro.

O perigo da captação ficou diminuído, mas não eliminado, com a proibição dos testamentos conjuntivos. Não era, e não é condição, para as mesmas, ser o testamento feito em um único ato.

28. Si se provar a captação, o testamento não produzirá efeito, nos termos do disposto no art. 1.667 n. I do Código Civil. Esse dispositivo, vedando as condições captatórias, deve ter aplicação imediata, por se tratar de uma regra evidentemente de ordem pública. E' dessa espécie o princípio de que o consentimento deve ser livre.

E aí temos a única restrição a opôr, à conclusão que adotámos:

O testamento de mão comum, ou conjuntivo, feito antes do Código Civil e aberto após a vigência do mesmo, é válido, uma vez que se não verifique nenhum dos casos de nulidade a que se refere o art. 1.667. Em tal caso deverá ainda examinar-se si a nulidade porventura encontrada é *total* ou *parcial*, para só ela ser decretada na primeira hipótese.

29. Para terminar, lembremos que ha quem defenda a validade do testamento conjuntivo, no caso figurado, com fundamento no art. 3.º § 1.º do Código Civil. Nós procurámos afastar esse ponto de vista. Da aplicação do princípio da irretroatividade não se conclue que sejam adquiridos todos os direitos beneficiados com essa medida. Demais, parece-nos preferível substituir por outras as regras preconizadas pelos autores, sobre a aplicação da lei nova. Em nosso entender, deve haver uma regra e uma exceção. A regra é: A lei nova se aplica aos fatos verificados em sua vigência. A exceção é: Não se aplica a lei nova às consequências dos fatos anteriores, quando alterar vantagens, salvo por motivo de ordem pública. E assim precisaríamos entrar em outros pormenores, para justificar a nossa conclusão.

30. Bem andou o nosso Código Civil, proibindo os testamentos conjuntivos. Alterada a ordem da sucessão, com

a precedência do cônjuge sobre os herdeiros colaterais, tornaram-se desnecessários esses testamentos, em relação aos quais diz BIGOT PRÉMENEAU: ou se permite a revogação, e viola-se o princípio da igualdade, ou não se permite, e o testamento perde a sua característica essencial.

São Paulo, 22 de Agosto de 1936.

(Para esta prova, foi permitida apenas a consulta da legislação *nacional* não comentada).