

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

Estudos e Pareceres de
**Direito
Privado**

2004



28. (PARECER) AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO. FALTA DE *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DE QUEM NÃO É HERDEIRO NEM LEGATÁRIO. OS ATOS NULOS PODEM, OU NÃO, SER ATOS NULOS “DE PLENO DIREITO”. CÂNONES HERMENÊUTICOS E INTERPRETAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DE FORMALIDADES ESSENCIAIS NO TESTAMENTO PÚBLICO

CONSULTA

1. Consulta-nos o Dr. Fernando Campos Scaff, advogado e mestre em Direito, sobre ação de nulidade de testamento movida perante a 1ª Vara Cível da Comarca de ..., por “A”, contra seus clientes, que são alguns dos filhos, filhas, noras e genros do *de cuius*. A ação ainda não foi contestada e o libelo se volta contra o testamento deixado por “B”; o autor da ação é genro do *de cuius*, estando hoje separado de sua mulher, que lhe move ação de separação judicial. O conteúdo do testamento consiste, exclusivamente, na imposição de cláusula de incomunicabilidade aos quinhões dos herdeiros e na estipulação de três legados, um à esposa e dois a congregações cristãs. Os fundamentos jurídicos da demanda são dois: a) descumprimento de requisitos essenciais do testamento; e b) incapacidade do testador no ato de testar.

2. O exame que fizemos da inicial nos leva à convicção de que a ação não está destinada a obter decisão favorável; pareceu-nos que a alegação de nulidade por falta de formalidade não procede e que, além disso, há falta de legitimação do autor. Esses dois pontos serão desenvolvidos a seguir. Quanto ao segundo fundamento da demanda — incapacidade do testador —, deixamos de dar opinião definitiva, eis que, no estado presente da causa, fal-

tam dados precisos, ainda que o bom-senso indique a total razoabilidade do conteúdo da manifestação de última vontade.

PARECER

I — FALTA DE LEGITIMAÇÃO PARA A CAUSA. NEM TODA NULIDADE É NULIDADE DE PLENO DIREITO

3. Uma questão prévia às alegações de nulidade do testamento é a que diz respeito à legitimação do autor para propor a ação; esse ponto é tão evidente que o próprio autor, em sua inicial, já se precipitou em sustentar sua legitimação. A verdade, porém, é que ele era genro do *de cuius* e, portanto, sem vínculo direto com o falecido; seu vínculo era indireto, o chamado vínculo de afinidade. *Ora, afim não é herdeiro. O autor não é herdeiro, nem real nem potencial, do falecido.*

4. A alegação apresentada em contrário, de que, apesar de não ser herdeiro, tem interesse na causa porque, por ocasião da morte do *de cuius*, estava casado em comunhão de bens com uma das herdeiras e, assim, receberia, por força do regime de bens, metade do que fosse a ela atribuído, confunde interesse com legitimação. O que é preciso indagar é se esse interesse, isto é, interesse indireto de não-herdeiro, basta para a propositura da ação. Entendemos que não. Somente o herdeiro, real ou potencial, ou o legatário nas mesmas condições podem mover a ação de nulidade do testamento; eventuais exceções deveriam ser expressas.

5. Ao cônjuge do herdeiro não é dado sequer anuir na aceitação ou renúncia da herança. O art. 242, IV, do CC bras., em sua redação original, era claro: a mulher casada não podia “aceitar ou repudiar herança ou legado” sem autorização do marido. A idéia diretriz da igualdade absoluta entre o homem e a mulher, hoje consagrada na Constituição da República, foi, porém, em 1962, por força do Estatuto da Mulher Casada, responsável pela eliminação do inciso IV supratranscrito, de tal forma que, desde então, a mulher passou a poder aceitar ou renunciar à herança, sem autorização do consorte. A situação atual é, pois, esta: a mulher não precisa mais de anuência do marido — nem ele, a dela, como já ocorria. Isso comprova a total falta de legitimação do autor para pleitear a anulação do testamento de seu sogro: ele não é herdeiro e sequer pode anuir na aceitação ou renúncia da herança por sua mulher.

6. Observamos, entre parênteses, que as referências feitas *incidenter tantum* por um ou outro autor, no sentido de que o cônjuge do herdeiro deve *anuir* naqueles atos, resulta de má interpretação da lei e se baseia no famoso erro metodológico do conceptualismo, em vigor ainda na 1ª metade do século XX, de tomar dedutivamente uma idéia jurídica como se fosse um conceito puro e dele tirar conseqüências seguindo a lógica formal aristotélica. No caso, partem da idéia de que a herança é bem imóvel, o que exigiria a presença dos dois cônjuges em atos de disposição, e, na verdade, esquecem, em primeiro lugar, que a renúncia não é ato de alienação e a aceitação diz respeito à aquisição de bens, e, em segundo lugar, que, no art. 44, III¹, o Código Civil simplesmente *equipara* a herança a bem imóvel — o que significa que a mesma lei que equipara pode desequiparar (= não há necessidade ontológica de tratar a herança como imóvel). Ora, o Código Civil, quanto à aceitação ou renúncia da herança, dispensou a anuência do cônjuge, de início, para o marido, e depois, também para a mulher, entre outras razões, porque, justamente, no ser ou não herdeiro, nem tudo é somente patrimônio; há todo um envolvimento de foro íntimo, personalíssimo, toda uma parte afetiva, claramente sentida, quando se diz que “fulano é o herdeiro”, com conotação de continuidade entre pessoas. Não é lógico, por exemplo, pleitear, no caso, suprimento de consentimento; “herdeiro” não significa somente “sucessor em bens”. Paralelamente, a frase “cônjuge de herdeiro não é herdeiro” dá também todo o sentido de por que sua anuência é dispensada na aceitação ou renúncia de herança; o cônjuge não deve anuir porque ele nada tem que ver com o caráter pessoal da sucessão entre o *de cuius* e o herdeiro. Embora menos evidente, essa argumentação pode se repetir para o legatário.

7. A posição do autor é, pois, *secundária* em relação à dos herdeiros legítimos e à dos beneficiados pelo testamento; seu interesse é *mediato* e resulta não da condição de herdeiro, e sim do regime matrimonial que mantém com uma das herdeiras — o próprio regime de bens, quer no seu início, art. 230 do C. Civil², quer no seu término, art. 3º da Lei n. 6.515/77³, é dependente da sociedade conjugal. Em boa técnica, o interesse do autor é juridicamente de *terceiro grau*: há, em primeiro lugar, a relação jurídica de parentesco “*de cuius/herdeira*”; depois, a sociedade conjugal “*herdeira/au-*

1. Art. 80, II, do novo Código Civil.

2. Art. 1.639, § 1º, do novo Código Civil.

3. Art. 1.576 do novo Código Civil.

tor da ação” e, em terceiro lugar, dependente dessa segunda, a relação do regime de bens entre os cônjuges. Basta pensar, para esse terceiro grau, que poderia haver as duas primeiras relações e regime de bens diverso da comunhão universal, para ver que, então, nem mesmo o interesse indireto existiria.

8. A idéia de que essas considerações não importam para o caso porque, no momento da morte do *de cuius*, o autor estava com o regime de comunhão de bens em vigor e, assim, receberia parte dos bens, se testamento não houvesse, está errada, porque levaria à conclusão que têm também legitimação outras pessoas com interesses caracterizados por relações jurídicas com herdeiros ou legatários. Com isso, queremos dizer o seguinte: admitamos, por hipótese, que o autor, cujo interesse é mediato, tenha legitimação e possa mover a ação de nulidade; aplicando-se o mesmo raciocínio, os credores dos legatários evidentemente também teriam interesse mediato em sustentar a tese contrária, a da validade do testamento — uma vez que seus devedores teriam aumentado o próprio patrimônio —; portanto, os credores dos legatários teriam legitimação para contestar. Eis aí: supondo que os herdeiros ou legatários, reais ou potenciais, não se empenhem nem de um lado, nem de outro, porque não têm interesse real na causa, ficaríamos em situação totalmente exdrúxula — de um lado, um autor, que não é e nunca será herdeiro, e, de outro, réus, credores, que também não são nem nunca serão legatários. Objeto do litígio: um testamento, de que as partes não são beneficiárias, e testamento de um testador a cuja família as partes não pertencem. Nos litígios intersubjetivos, como é o caso, para haver legitimação, não basta interesse indireto, material ou moral; a legitimação há de resultar de uma posição da parte em relação direta com o objeto da causa — o que, aqui, não existe.

9. Acrescente-se que a mesma falta de legitimação poderia ser contestada com outro argumento: o de que a legitimação *in casu* existe por se tratar de ação de nulidade, e não de anulabilidade; que a nulidade é de ordem pública e pode ser alegada por qualquer pessoa. Portanto, ainda que o vínculo do autor com o *de cuius* seja indireto, via herdeira-filha, tratando-se de nulidade, a legitimação seria ampla. Estamos diante de uma questão delicada, a das nulidades, nem sempre bem cuidada pela doutrina, do que resulta, não poucas vezes, afirmações superficiais e até mesmo falsas. Deixando de lado os planos da existência e da eficácia — um, anterior e outro, posterior ao plano de validade —, e permanecendo exclusivamente neste último, cumpre dizer que a manualística nacional vai pouco além da dicotomia “nulo/anulável”, quando, na verdade, qualquer estudioso da

matéria de nulidades logo se dá conta da imensa complexidade que o tema encerra. Além da dicotomia “nulo/anulável”, várias outras existem: “nulidade de pleno direito/nulidade dependente de ação”; “nulidade absoluta/nulidade relativa”; “nulidade textual/nulidade virtual”; “nulidade total/nulidade parcial”. E, repetimos, nada disso tem que ver com o “existente/inexistente” ou com o “eficaz/ineficaz”, que se colocam em planos diversos: o de existência, antes — como uma espécie de plano pressuposto —, e o de eficácia, depois —, como um *posterius*; aquelas várias dicotomias dizem mesmo respeito ao plano de validade. Um bom trabalho de referência sobre o tema, em língua nacional, é o *Sistema de nulidades dos atos jurídicos*, de Bulhões Carvalho (Rio de Janeiro, Forense, 1980), que faz o levantamento arqueológico das nulidades que se refletem no Código Civil. Para não escrevermos aqui um longo ensaio sobre o tema, fiquemos somente com a primeira dicotomia arrolada, “nulidade de pleno direito/nulidade dependente de ação”, que interessa ao caso. *Nem todo ato nulo é nulo de pleno direito*. O famoso Regulamento n. 737, de 1850, no art. 683, dispunha: “As nulidades ou são de pleno direito ou dependentes de rescisão”. Em seguida, no art. 684, dava os casos das primeiras e, no art. 685, os da segunda. Por esses artigos, vê-se que as nulidades de pleno direito são pronunciadas pela lei, funcionam *ipso jure*, enquanto as outras são pronunciadas pelo juiz, funcionam *ope judicis*. Essa dicotomia não se confunde com a do “nulo/anulável”, pois que pode haver nulo que não seja de pleno direito e, portanto, exija ação (o exemplo do casamento nulo, art. 222 do CC bras., é paradigmático; é ato nulo e sempre depende de ação; nunca é ato nulo de pleno direito). O *Esboço* de Teixeira de Freitas denomina as nulidades de pleno direito “manifestas” e as demais, “dependentes de julgamento” (art. 786). Segundo o *Esboço*, a própria nulidade *absoluta* pode ser ou manifesta, quando “pode e deve ser pronunciada pelo juiz” (art. 806) ou dependente de julgamento, quando não pode ser pronunciada *ex officio* pelo juiz (cf. art. 807). Bulhões Carvalho (o. c., p. 43) define: “O que constitui uma nulidade ‘de direito’ é o resultado necessário duma circunstância precisa, suscetível de prova imediata e por assim dizer material, excluída qualquer apreciação ou arbítrio por parte do juiz”.

10. Dito isso, vejamos como tudo se passa no Código Civil. Por exemplo, o art. 5º inclui “os loucos de todo o gênero” entre os absolutamente incapazes e o art. 145, I, declara nulos os atos jurídicos por eles praticados⁴.

4. O novo Código Civil, no art. 3º, II, prevê a incapacidade por “deficiência mental”, e no art. 166, I, a nulidade.

Ora, quando se nega validade a um contrato assinado por um absolutamente incapaz, de que nulidade se trata? É muito simples: será de pleno direito se já interdito o louco, quando, então, com uma certidão, a prova estará feita e o juiz poderá declarar a nulidade, *ex officio* ou *incidenter tantum*; será dependente de ação, se nenhuma interdição houver. É por isso que reza o parágrafo único do art. 146: “Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda a requerimento das partes” (reforços gráficos nossos)⁵.

11. Ao contrário, portanto, do que costuma escrever uma manualística superficial, os atos nulos não podem ser sempre declarados tais *ex officio* pelo juiz. É preciso que se trate de nulidade de pleno direito (Reg. n. 737), ou manifesta (*Esboço*), ou “e as encontrar provadas” (Código Civil). Ora, no caso concreto, sempre tomando a questão tal e qual posta na inicial, *ad argumentandum*, vê-se logo que a hipótese seria de nulidade dependente de ação — tanto que o autor propôs ação. De resto, as nulidades testamentárias são, em geral, dependentes de ação. Se a nulidade não é evidente no próprio instrumento, se não está *provada*, ou não é *manifesta*, a ação é necessária e, então, impõe-se a regra geral da legitimação. O velho e indefinido conceito de “ordem pública” — que não consta dos textos sobre nulidades — não tem o condão de eliminar a exigência de legitimação para a ação, até porque entender o contrário permitiria sempre a qualquer pessoa mover ação de nulidade de qualquer ato. Em síntese: a nulidade, como alegada na inicial, não é a nulidade de pleno direito, ou manifesta, ou provada, que pode ser pronunciada sem ação; e se exige ação, exige legitimação — legitimação fundada em interesse direto ou legítimo, que, no caso, como vimos, não existe.

II — CÂNONES HERMENÊUTICOS E INTERPRETAÇÃO ATUAL DAS EXIGÊNCIAS DE FORMALIDADES ESSENCIAIS NO TESTAMENTO PÚBLICO

12. Sustenta o autor a nulidade do testamento — testamento público — por descumprimento de todos os quatro incisos do art. 1.632 do CC bras.⁶; numa consideração global, porém, insiste especialmente na ausên-

5. Parágrafo único do art. 168 do novo Código Civil.

6. Art. 1.864 do novo Código Civil.

cia de uma das testemunhas instrumentárias durante o ato. De fato, seria esse o ponto central do descumprimento das formalidades, já que, após a morte do testador, uma das cinco testemunhas declarou não haver estado presente durante todo o desenrolar do ato testamentário, havendo se limitado, segundo afirma, a assinar o livro do tabelião ao final, quando para isso foi chamada.

13. Quanto ao inciso I, o art. 1.632 exige do testador ou um *ditado* ao tabelião ou *declarações*⁷; os autores e a jurisprudência são unânimes em entender desnecessária a entrega de um texto conclusivo ou de declarações formalmente completas. Na verdade, não parece, porém, ser esse o ponto em que se baseia o autor; o que se depreende da referência do libelo ao inciso I do art. 1.632 é que aí também se determina a presença de *cinco* testemunhas e teria faltado uma delas — o que será tratado logo adiante.

14. Por sua vez, no articulado do libelo, o inciso IV do art. 1.632 vem combinado com o art. 1.633 versando sobre assinatura a rogo de quem não sabe ou não pode assinar. Teria faltado a assinatura da testemunha a rogo. Acontece que este não é o caso dos autos, porque o testador *assinou* o livro e foi somente *ad cautelam* que, na folha, ficou também a impressão digital do polegar direito do testador. É o que consta da própria inicial, transcrevendo o que está no texto do instrumento público: “Fica a impressão digital do polegar direito do testador, face a precariedade de sua *assinatura*, face a enfermidade, dou fé”.

15. Resta, pois, a alegação da ausência de uma das testemunhas, que, então, daria margem à incidência dos incisos II e III do art. 1.632⁸ e ainda, como foi dito, à do inciso I. Ora, como deve ser considerada a ausência de uma das testemunhas durante o ato? Independentemente de verificarmos *in concreto* quando dita testemunha faltou com a verdade, se no ato testamentário ou depois, podemos, para o desenvolvimento das considerações que seguem, partir da alegada ausência da testemunha instrumentária. Qual seria a conseqüência?

16. Na leitura do Código, em 1917, ou, avançando no tempo, em 1930 ou 1940, essa falta, sem dúvida, seria uma hipótese de nulidade. Em 1998, seria, porém, ainda essa a leitura a fazer do texto legal? Ou poderiam os operadores do direito, em épocas diversas, aplicar aos fatos, de forma di-

7. O art. 1.864, I, do novo Código Civil faz menção somente às “declarações” do testador.

8. Art. 1.864, II e III, do novo Código Civil.

ferente, o mesmo texto e entender essa ausência como mera irregularidade incapaz de inutilizar a manifestação de última vontade? Sem mudar as palavras da lei, seria possível uma interpretação alterada?

17. Percebe-se que estamos em pleno campo da hermenêutica. A célebre polêmica da década de 60 entre Emilio Betti e Hans-Georg Gadamer, de que dão conta inúmeros autores (por exemplo, Benedetti, in *Emilio Betti e l'interpretazione*, coordenado por Vito Rizzo, Camerino, 1991, p. 139; Bianco, p. 24, Grondin, p. 113, Mengoni, p. 154, todos in *L'ermeneutica giuridica de Emilio Betti*, Milano, Giuffrè, 1994) —, mas, mais importante que todos, o próprio Gadamer, em posfácio de 1988, na tradução alemã da obra de Betti e, hoje, traduzida em português nos *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, 1996 —, a célebre polêmica, repetimos, pôs em confronto duas concepções: a de Gadamer, antes filósofo que jurista, preocupado com as condições do entendimento, de tal forma que, mesmo admitindo a mediação que o intérprete faz, centraliza sua posição numa espécie de *inevitabilidade* da leitura com os olhos de hoje daquilo que foi escrito em tempos passados; e a de Betti, mais jurista que filósofo, alertando para os perigos de uma tal visão, que acabaria por levar o texto jurídico a se tornar somente um suporte para as mais variadas interpretações. Talvez, como já foi dito por espíritos conciliadores, ambos os polemistas tenham partido de pontos de vista diferentes: o primeiro, decidido a *descrever* o processo hermenêutico e o segundo, a *prescrever* como se deve interpretar. Como quer que seja, Betti, preocupado *avant la lettre* com uma visão alternativa do direito, que poderia transformar o texto legal num campo sem limites, fixou seus famosos *cânones hermenêuticos*; a própria expressão “cânones hermenêuticos”, que naturalmente provoca revolta nos defensores da *livre interpretação*, indica que não estamos aqui a propor uma concepção inovadora ou revolucionária; no entanto, o terceiro cânone muito nos importa no caso examinado.

18. Quais são os cânones bettianos? São quatro: 1º) o que ele chama de “cânone da autonomia hermenêutica”, entenda-se da autonomia do objeto, isto é, o próprio objeto é que deve apresentar ao intérprete o sentido nele ínsito (o sentido do objeto não deve nele ser posto pelo intérprete, e nele dele tirado — *sensus non est inferendus sed efferendus*); 2º) “cânone da sim dele tirado — *sensus non est inferendus sed efferendus*); 3º) “cânone da totalidade e coerência”, correspondente ao célebre texto de Celso: *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*; 4º) *canone dell'attualità dell'intendere*, pelo qual o intérprete deve trazer do passado, até si, o objeto a interpretar; e 4º) cânone da correspondência entre intérprete e objeto a interpretar. (Para esses cânones,

veja-se “Le categorie civilistiche dell’interpretazione”, aula magna de Betti, em 1948, publicada como introdução à 2ª edição de *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971). Teoricamente, após essas operações intelectuais, entra-se no processo dialético de ir e vir da norma aos fatos (= “círculo hermenêutico”, na linguagem de Larenz e outros autores alemães). Dos cânones, o terceiro, que nos importa, representa uma espécie de *arco hermenêutico* que arranca do passado e vem até os dias presentes. É, graças a ele, que mesmo juristas conservadores admitem a necessidade de trazer o texto até a data da interpretação e reconhecem o valor da interpretação evolutiva.

19. Ora, indo até o passado, o que se verifica é que o preceito do art. 1.632 do Código Civil⁹ é repetição do que já constava do Título LXXX do L. IV das Ordenações Filipinas, de 1603, *in verbis*: “Querendo alguma pessoa fazer testamento aberto, por tabelião público, podê-lo-á fazer, contanto que tenha *cinco* testemunhas varões livres, ou tidos por livres, e que sejam maiores de 14 anos, de maneira que com o tabelião, que fizer o testamento, sejam seis testemunhas”.

20. O texto das Ordenações Filipinas, por sua vez, era repetição do que constava das Ordenações Manuelinas, de 1521 (Título LXXVI do L. IV): “Querendo alguma pessoa fazer testamento aberto por tabelião público, podê-lo-á fazer contanto que tenha *cinco* testemunhas varões livres, ou reputados por livres, e sejam maiores de 14 anos, por maneira que com o tabelião que fizer o testamento sejam seis testemunhas”.

21. As Ordenações Manuelinas, por seu turno, retiraram a regra citada das Ordenações Afonsinas, de 1446 (Título CIII do L. IV): “Costume foi e é de antigamente em estes Reinos geralmente usado, julgado, e apelado, e confirmado em juízo contraditório, que o testamento é feito com *cinco* testemunhas, ainda que algumas delas sejam mulheres, tal testamento vale, e é havido por bom e valioso, assim como se tivesse sete testemunhas todos varões... (*omissis*) ... acordamos mandar aqui escrever o dito costume, por tolher as dúvidas, que doutra guisa poderiam acontecer, como dito é”.

22. A razão do que já era *antigo costume* no século XV consistia em proteger a vontade do testador. É preciso, pois, ver a situação tal qual era naquelas perdidas aldeias portuguesas anteriores ao Descobrimento, pouco povoadas, medievais, com uma população em sua grande maioria analfabeta; o número de cinco testemunhas — seis com o tabelião — era a manei-

9. Art. 1.864 do novo Código Civil.

ra de resguardar a manifestação de última vontade, porque, como diz Antonio Liserre, em monografia sobre *Formalismo negociale e testamento* (Milano, Giuffrè, 1966), por causa da morte, a principal característica do testamento é ser um ato *irrepetível* (p. 179).

23. A verdade, porém, vindo agora para tempos mais recentes, é que esse número de cinco testemunhas, em 1917, já era excessivo¹⁰. O projeto de Felício dos Santos de 1882 (art. 1.613) reduzia para quatro. E seu autor comentava: “O art. 1.613 do Projeto exige a existência só de quatro testemunhas, e não há necessidade de maior número para um ato público, como é este testamento. Há escrituras públicas de mais importância que um testamento, e só se exige a assistência de duas testemunhas”.

24. Por outro lado, um exame da legislação estrangeira revela claramente a evolução no sentido de adaptar as formalidades testamentárias aos tempos modernos. Especificamente, sobre o número de testemunhas, o art. 971 do Código Civil francês dispunha, em 1804: “Le testament par acte public este celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou *par un notaire, en présence de quatre témoins*”. E, hoje, com a redação de lei de 1950, determina: “Le testament par acte public est reçu par deux notaires ou *par un notaire assisté de deux témoins*”.

25. O Código Civil italiano de 1865, nos arts. 776 e 777, prescrevia: “Il testamento per atto di notaio è pubblico o segreto. Il testamento pubblico è ricevuto *da un notaio in presenza di quattro testimoni*, o da due notai in presenza di due testimoni”. E o atual, que é de 1942 (art. 603, alínea 1): “Testamento pubblico — il testamento pubblico è ricevuto *dal notaio in presenza di due testimoni*”.

26. Um quadro cronológico dos vários textos legislativos europeus, para os testamentos públicos, é tão expressivo que dispensa palavras:

Ano	Texto legal	Nº de testemunhas
1446	Ordenações Afonsinas (Tít. CIII-L. IV)	5 testemunhas
1521	Ordenações Manuelinas (Tít. LXXVI-L. IV)	5 testemunhas
1603	Ordenações Filipinas (Tít. LXXX-L. IV)	5 testemunhas
1804	C. Civil francês (art. 971)	4 testemunhas
1865	C. Civil italiano (art. 777)	4 testemunhas

10. O novo Código Civil exige somente 2 (duas) testemunhas (v. art. 1.864, II).

1867	C. Civil português (art. 1.912 ^o)	5 testemunhas
1889	C. Civil espanhol (art. 694)	3 testemunhas
1900	C. Civil alemão-BGB (§ 2.233)	2 testemunhas
1904	C. Civil suíço (art. 499)	2 testemunhas
1942	Novo C. Civil italiano (art. 603)	2 testemunhas
1950	Nova redação do C. Civil francês (art. 971)	2 testemunhas
1958	Nova redação do C. Civil alemão (§ 2.233)	Nenhuma
1966	Novo C. Civil português (art. 2.205 ^o)	Remete à lei notarial

27. Hoje, a Espanha exige três testemunhas — solução que vem desde 1889 e que é seguida pelos países hispânicos: Argentina (art. 3.654), Chile (art. 1.014), Uruguai (art. 793), Paraguai (art. 2.639), Bolívia (art. 453) e Peru (art. 687). Excluindo a Espanha, os demais países europeus exigem duas testemunhas e a Alemanha, nenhuma (em Portugal, o Código não exige testemunhas, ficando a matéria para a lei notarial).

28. Diante disso, temos a convicção de que a interpretação teleológica e evolutiva deve prevalecer sobre uma interpretação alheia ao sentido último da norma e cega às circunstâncias atuais. A ausência de uma testemunha, em cinco, somente pode ser considerada, hoje, como mera irregularidade. É claro que uma jurisprudência amadurecida jamais chegará a considerar a lei “letra morta” e dispensar, por exemplo, a presença de todas as testemunhas, mas terá de considerar cada caso. Todavia, como quer que seja, não poderá esquecer que o sentido último das formalidades testamentárias é a proteção à expressão da vontade do testador. Foi por isso que, há seiscentos anos, foram exigidas cinco testemunhas e é por isso que, hoje, sendo outras as possibilidades de segurança na manifestação da vontade do testador, as legislações reduziram esse número. O que não nos parece que possa acontecer atualmente é o prevalecimento de um entendimento extremamente rígido do texto do art. 1.632¹¹, sem consideração pelas mudanças históricas das circunstâncias exteriores, sem elaboração do arco hermenêutico e sacrificando, no altar da *letra* da lei, o grande valor, a vontade do testador, que o *espírito* da lei visa resguardar.

11. Art. 1.864 do novo Código Civil.

29. Não nos impressiona, pois, alguma jurisprudência que parece exigir, doa a quem doer, um rigor formal. Essa jurisprudência é de duas espécies: ou muito antiga, por exemplo, decisões anteriores a 1960 (RT, 126/559, 233/162, etc.), dadas sob contexto histórico diferente; ou mais recente, mas, nesse caso, são as ementas que não refletem exatamente o que se decidiu.

30. A jurisprudência mais antiga: a) não podia ainda refletir a evolução doutrinária da hermenêutica que sepultou definitivamente a idéia de um legislador mítico, hipostasiado, que deveria ser imaginado pelo intérprete para se saber o que ele queria ao fazer a lei — vício do “originalismo”, abandonado por todo o mundo romano-germânico, e até mesmo pelos americanos, apesar do excessivo respeito destes últimos pelos *Founding Fathers*, devendo ser lembrado que um jurista, Bork, por causa de seu originalismo, foi arrasado por Dworkin e não pôde assumir o cargo de juiz da Suprema Corte (cf. *Originalismo e interpretación*, de M. Beltrán, Madrid, Ed. Civitas, 1989, *passim*); b) não podia também refletir o vasto movimento contra o rigorismo das fórmulas testamentárias, tornado consciente na década de 40 e que, até então, estava ainda pouco difundido na doutrina. Apesar disso, algumas decisões, ainda que antigas, já então deixavam claro que “a ausência temporária de testemunhas, durante a escrita do testamento, não interrompe o ato porque a presença das testemunhas só é exigida pela lei para que elas vejam, ouçam e compreendam ao testador, certificando-se de que a *escritura encerra a vontade dele*, objetivo que se atinge perfeitamente com a presença das testemunhas aos momentos da declaração da vontade, da leitura, aprovação e assinatura da escritura” (RT, 149/153 — TJSP, em 1943. Cf. também Zeno Veloso, obra adiante citada, p. 144). E o próprio STF também afirmava em 1942: “As nulidades das declarações de última vontade só devem ser decretadas em face de evidentes provas de postergação da lei; simples defeitos de forma não podem valer *para invalidar a vontade clara e expressa do testador*” (RT, 143/330).

31. Por outro lado, a jurisprudência mais recente tem de ser examinada com lupa. Na maior parte dos casos, não se trata de *uma* testemunha mas, sim, de três, quatro ou até mesmo cinco, que não estavam presentes; pesam também, nas decisões, outras circunstâncias, como a dúvida do juiz sobre a lucidez do testador. O caso decidido pelo STF (RT, 617/239) é exemplar; o relator, min. Oscar Corrêa, que não é civilista, cita doutrinadores mais recentes para expressar o que todo mundo sabe (isto é, que as testemunhas devem estar presentes ao ato) e cita doutrinadores mais antigos, João Luiz Alves, Clóvis Beviláqua e Carlos Maximiliano, para afirmar a

nulidade. (Digamos entre parênteses: esses autores mais antigos, por sua vez, citam as Ordenações Filipinas de 1603, que se basearam nas Manuelinas de 1521, que, por seu turno, se fundaram nas Afonsinas de 1446, que, finalmente, se limitaram a registrar “antigos costumes” do tempo do rei D. João I!). Felizmente, no caso referido, após o voto do relator, o min. Sydney Sanches pediu vistas e teve oportunidade para declarar: “Pedi vista dos autos porque, a princípio, impressionado com a sustentação oral do prof. José Lamartine Correa de Oliveira, me parecera rigorosa a exigência de que as testemunhas do testamento tivessem assistido a todo o ato, inclusive o puro e simples manuscruver do texto, pelo tabelião, no livro próprio. Imaginei a hipótese de um cidadão muito rico e prolixo que desejasse fazer um testamento muito longo e minucioso e levasse ao tabelião a minuta de 100 páginas datilografadas. (*omissis*) Seria exigível a permanência das testemunhas durante horas e horas, na simples, cansativa e inócua observação do trabalho manuscrito e monótono do tabelião? Ou só estariam obrigadas a presenciar o ditado ou as declarações do testador para que o tabelião os reproduzisse bem como a leitura posterior do testamento? *Penso que, 70 anos depois do advento do Código Civil, já seria compreensível e aceitável uma interpretação menos exigente nesse ponto, sobretudo diante das circunstâncias da época atual, em que o tempo se faz a cada dia mais precioso e as pessoas, na maioria, procuram não desperdiçá-lo, fugindo das demoras inúteis*”. É verdade que, no caso, o próprio min. Sydney Sanches acabou por votar pela nulidade mas, como se depreende de seu voto, assim resolveu porque, após minucioso exame da prova, chegou à conclusão de que *nenhuma* das cinco testemunhas havia presenciado todo o ato. É por isso que dissemos que as novas decisões têm de ser examinadas com cuidado.

32. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência mais recentes têm, pois, convicção de que o *favor testamenti* deve prevalecer sobre irregularidades menores, quando é clara e límpida a manifestação de última vontade do testador. Zeno Veloso, no melhor trabalho atual sobre o tema (*Testamentos*, 2ª ed., Belém, CEJUP, 1993, p. 147), afirma: “Louvamos a doutrina e jurisprudência que não fulminam de nulidade o testamento em que ocorreram breves e passageiras ausências das testemunhas, observadas, é claro, as circunstâncias de cada caso”. E em outro passo (p. 36): “Realmente, sem prejuízo da segurança do ato, a simplificação do testamento se faz necessária, no Brasil, aproveitando-se, inclusive, a verdadeira revolução, ocorrida no mundo, no campo científico e tecnológico, e relativa a máquinas de escrever eletrônicas, computadores, videocassetes etc.”. Por sua vez, a jurisprudência, ainda que em caso diverso, decide: “O rigorismo das formas pres-

critas na legislação civil é justificado para resguardo e garantia da vontade do testador, mas não pode ir ao ponto de macular o ato por mera interpretação fria e literal da lei” (TJSP, 1ª Câmara Civil, Embargos Infringentes n. 204.859-1/2-01-SP, Rel. Des. Luiz de Macedo, j. 14-2-1995, maioria de votos, *Bol. da AASP* n. 1955).

33. Concluindo: omitido o exame da questão da capacidade do testador pelas razões já dadas e independentemente de ser ou não verdadeira a afirmação de ausência de uma das cinco testemunhas durante o ato testamentário, não acreditamos, segundo o exposto, no sucesso da ação proposta; afinal, o autor, por não ser nem herdeiro nem legatário, real ou potencial, não tem legitimação para a causa e, ainda que tivesse, a formalidade apontada como não cumprida seria mera irregularidade, não tendo, numa interpretação teleológica e adstrita aos tempos atuais, o condão de nulificar a declaração de última vontade do testador. É o nosso parecer.

S. M. J.

São Paulo, 20 de julho de 1998.