



## Do Testamento Contracto

---

O testamento será um contracto?

O *Cimbali*, nos seus "Studi di Diritto", diz que sim.

Si alguém dispõe por testamento de todo ou parte de seu patrimonio para o tempo em que tiver cessado de viver, observa elle, revela uma vontade clara, positiva; e, si á essa vontade, que não se annulla com a morte, se vem juntar a vontade do herdeiro instituido, que aceita, temos os termos precisos do consentimento e o contracto é perfeito, nada importando a differença de tempo para a união dessas vontades, desde que o accordo da vontade do herdeiro com a do defunto é um factio irrefragavel e representa a causa unica efficiente para que o testamento produza effeitos juridicos.

De uma parte o testador não tem obrigação de dispôr de seus bens em favôr do herdeiro instituido e, de outra, este não tem obrigação de aceitar-os. Ambos agem por acto de livre vontade. A lei só intervem para assegurar a sinceridade e independencia do que-

rer e estabelecer os limites á faculdade absoluta de testar no interesse da familia e da sociedade; e dahi a consequencia da capacidade do testador para dispôr e do herdeiro ou legatario para aceitar. E, por isso, o testamento feito e aceito livremente por capazes é contracto perfeito e valido; ao passo que, feito e aceito por incapazes, é invalido e, feito por pessoa capaz, mas, não aceito, fica simples offerta por falta de aceitação, destituida de effeitos juridicos.

E ahi mesmo está a differença entre a successão intestada e a testada, pois a primeira tira sua efficaçia da disposição da lei e a segunda, da vontade livre do individuo.

Verdade é que tambem no primeiro caso se requer a aceitação por parte do herdeiro; mas, isto é pela simples razão de que ninguem deve ser favorecido á força e contra sua vontade e, no segundo caso, á vontade do testador se liga a do herdeiro e neste accôrdo se tem a causa das relações juridicas que da essencia do vinculo contractual emanam.

Hoje, conclue o *Cimbali*, nas condições da moderna civilização, a fórmula contractual é destinada a triumphar de todas as outras, como a unica que pode imprimir o caracter de legitimidade á familia infinita dos institutos juridicos. Tudo que não vem da lei, deve ser a expressão da liberdade individual encarnada no contracto para poder produzir effeitos juridicos validos e duradouros.

Entretanto, a mim não parecem razoaveis as observações do *Cimbali*.

*O Tarde*, em "Les Transformations du Droit", adverte muito bem: — "Outrora, diz elle, como em geral os negocios eram entre pessoas determinadas, consideradas uma a uma, o contracto classico podia passar pela mais importante, senão a fonte unica das obriga-

ções. Porem, agora, si a lei, ou, melhor, o costume commercial e social mais adiantados aqui do que a lei, só devessem sancionar os compromissos depois que tal pessoa designada os tivesse aceito e feito conhecer sua aceitação, a maior parte dos negocios seria impossivel. Em casos que se vão multiplicando, somos forçados, ainda que muito romanistas, a conceder força juridica a promessas ainda não aceitas. Incessantemente se multiplicam os compromissos para com pessoas indeterminadas que não poderiam aceitar o que ignoram: nos titulos ao portador, nos seguros de vida, nos reclamos, nos prospectos, etc.

Todas essas innovações suscitadas pelas idéas geniaes do seculo *tendem a relegar para segundo plano o contracto* que, na epoca romana classica, occupava o primeiro lugar”.

Depois, o ponto de vista do *Cimbali*, que é o mesmo de *Planiol*, em seu “*Droit Civil*”, vol. 2.º, 83, é atrazado e erroneo. As obrigações não nascem somente dos contractos e dos actos illicitos, principalmente não se podendo mais adoptar aquelles velhos grupos de *quasi contractos e quasi delictos*, que nada significam, porque, ou ha accôrdo de vontade e delle provêm o contracto ou não ha e nada existe; do mesmo modo que ou ha violação de um dever legal e della se origina a obrigação de indemnisar o damno ou nada existe. O quasi contracto não chegou a ser contracto, não reuniu os consentimentos das partes, sobre um certo objecto, não produz obrigação alguma. O quasi delicto não chegou a ser delicto, porque não teve os requisitos que o caracterizam e não produz tambem obrigação alguma.

E, alem dos contractos e dos actos illicitos, a obrigação pode emanar igualmente da vontade de uma só pessoa, maior, capaz, e que publicamente declare que-

rer tomar a si uma obrigação. Esta maneira de pensar, esboçada já na velha Roma, com os votos aos deuses e promessas ás cidades, se foi aperfeiçoando na Allemanha, de onde passou para a França, para a Italia, para a Suissa, e é doutrina hoje vencedora em toda parte, segundo, por exemplo, nos affirma o *Clovis*, Cod. Civ., vol. 5.º, Obs. do art.º 1505, fundando-se em principios superiores de Moral e de Justiça.

Já *Tollier* havia escripto, no seu "Droit Civil", vol. 5, 6: — "aquelle que promette com reflexão deve ser fiel ao seu compromisso, salvo motivo justo. Frustrando sem razão a esperança que deu, elle engana a pessoa que contou e devia contar com a sua palavra; e, si as leis não armam o Poder Publico contra elle, ellas o abandonam ao tribunal severo da opinião e o notam de improbidade".

O *Clovis* tambem explica que a mesma energia de ordem superior que mantem a irrevogabilidade dos contractos, tambem exige a seriedade na promessa antes de conjugada com a accitação, porque então já se suscitaram interesses valiosos, que não podem ser desattendidos pela sociedade organizada.

Esses votos foram satisfeitos e hoje os Codigos da Allemanha, da Suissa e do Brasil, alem de outras leis, consideram como fonte de obrigações a declaração da vontade unilateral.

*Planiol*, *Cimbali* e outros pensam que, emquanto essa vontade unilateral não encontrar outra que a elle se venha juntar, o laço obrigacional não se forma.

O primeiro accentúa que — "a vontade individual é soberana sobre si mesma; porem, sem effeito sobre terceiro, não se podendo alguém tornar credor de outro sem sua vontade".

Mas, alem de se não poder dar a certas obrigações, que não procedem de contracto ou de acto illicito, ou-

tra causa que não seja a declaração da vontade unilateral, accresce que as razões desses juristas contra a vontade unilateral são improcedentes, importando mesmo numa lamentavel confusão de idéas.

A vontade individual, reconhecem todos, é soberana sobre si mesma.

E, porque, então, não pode ella crear obrigações para si mesma?

Ninguém se pode tornar credor sem sua vontade; certo. Porem, na obrigação unilateral ninguém se torna credor contra sua vontade e só aceitando a proposta e desempenhando o serviço é que alguém adquire o direito de exigir o cumprimento da promessa.

Mas, note-se bem, *e ahi é que está o erro da velha escola*, a aceitação só é necessaria para que o serviço se faça e a obrigação do promittente se cumpra.

*Para fazer nascer a obrigação não se precisa de aceitação alguma.*

A obrigação começa a existir desde que o individuo maior, livre, capaz, publica sua declaração de querer obrigar-se para com quem quer que lhe preste um serviço.

Nem ha necessidade de formar ahi laço obrigacional, porque, não se trata de contracto, em que as duas vontades se devam accordar e enlaçar.

A simples promessa publicada crea a obrigação por si mesma.

E, assim deve mesmo ser, numa sociedade adiantada, porque, esta promessa desperta esperanças, pode levar a grandes trabalhos, crear importantes interesses e, não sendo satisfeita, produzir enormes prejuizos.

Ora, a lei não pode tolerar que, á sua sombra, se passem factos desta ordem, sem uma repressão.

Tanto é verdade que a declaração unilateral da vontade pode, só por si, fazer nascer uma obrigação, é que,

si o promittente morre logo depois de publicada sua resolução, mas, antes de aceito e desempenhado o serviço, seus herdeiros não ficam livres de pagar o prometido áquelle que afinal o cumprir; e, entretanto, esse individuo nada contractou com o primeiro; não chegou a juntar sua vontade a do promittente, porque quando elle soube e desempenhou o serviço, aquelle já não existia mais.

Por outro lado, desempenhado o serviço por alguém que ignorava a recompensa promettida e que morre logo depois, nem por isso perdem os herdeiros deste o direito de exigir o cumprimento da promessa; e, entretanto, tambem neste caso, aquelle que desempenhou o serviço não chegou a juntar sua vontade com a do promittente, porque morreu antes de saber que este havia promettido alguma cousa por aquelle serviço.

Foi levado justamente por essas idéas que o nosso Codigo creou apenas as tres fontes de obrigação: os contractos, tit. V; as declarações unilateraes da vontade, tit. VI; e os actos illicitos, tit. VII.

Nestas condições, o testamento, não derivando do accordo das vontades, mesmo porque *se tem por immoral todo pacto sobre herança de pessoa viva*, nem tão pouco sendo um acto illicito, mas, ao contrario, protegido e garantido pela lei, toda disposição de ultima vontade, que é essencialmente livre de assentimento ou aceitação de quem quer que seja, o testamento, é um acto de vontade unilateral.

E' um dislate pretender-se que o herdeiro junte sua vontade com a do defunto para fazer nascer a obrigação de lhe pagarem o que lhe foi deixado em testamento pelo testador.

O que ocorre naturalmente é que, aberta a successão, se vai cumprir a vontade do testador ali manifestada pela sua declaração exclusiva.

E, si o herdeiro é chamado a declarar que aceita, não é mais para fazer nascer a obrigação, que está imposta no testamento, porem, para receber a respectiva prestação, que elle pode recusar.

E, porque razão, então, pergunta-se, só mencionou o Codigo entre os actos decorrentes da vontade unilateral os titulos ao portador e as promessas de recompensa?

O *Clovis* explica que a estipulação em favor de terceiro e, portanto, certas fórmaz de seguro que são modalidades daquella, não figuram na enumeração do Codigo porque —“são relações contractuaes duplas, em que a obrigação deriva da convenção que o estipulante fez com o promittente, quer com relação a si mesmo, quer com relação ao beneficiario” — Em caso do terceiro beneficiario, este, muitas vezes, não é chamado a contractar, e adquire todavia o direito de exigir depois o beneficio que lhe fôra promettido.

E os outros actos: a gestão de negocios, as fundações e os testamentos?

A gestão de negocios, pelo proprio Codigo, art.º 1331, é o acto pelo qual alguém, *sem autorização do interessado*, intervem no negocio alheio, devendo então dirigil-o, segundo o interesse e a vontade presumivel do seu dono e ficando responsavel a este e as pessoas com quem contractar. Mas, a gestão de negocios não é um contracto, exactamente porque, longe de ser o resultado de um accôrdo de vontades, só depende da vontade do agente.

Tambem não é acto illicito, porque não é, nos termos do art.º 159, nenhuma acção ou omissão voluntaria ou involuntaria, negligencial ou imprudente, que viole direito ou cause prejuizo a outrem; mas, ao contrario, acto licito, permittido pela lei e, as vezes, de grande favor e utilidade para outrem.

Só resta, portanto, que a gestão de negócios seja um acto de vontade unilateral, em que o gestor, espontanea e publicamente, toma a si tratar de negócios alheios, sem consentimento do dono e, por isso, contrae para com elle obrigações.

Quanto ás fundações, estas são instituições em que uma pessoa, por escriptura publica ou testamento, faz dotação especial de bens livres, especificando o fim á que os destina e declarando, si quizer, a maneira de administral-os. Não requerem ellas aceitação de ninguém e, uma vez realizadas, desempenham sua missão acolhendo os orphãos, os mendigos, os doentes, etc. São, portanto, actos de vontade unilateral creando só por si obrigações.

Enfim, os testamentos, estão no mesmo caso. Produzem todo effeito juridico, só porque assim o querem e assim o dispõem os testadores.

De modo que o Codigo peccou contra seu proprio systema, aceitando obrigações decorrentes somente da vontade unilateral, mas enumerando apenas duas, deixando outras fóra do quadro.

Onde ha a mesma razão, porem, deve haver a mesma disposição. E, assim, ao lado dos titulos ao portador e das promessas de recompensa, devem figurar como obrigações da vontade unilateral: as estipulações em favor de terceiro, as fundações, a gestão de negócios e os testamentos.

Abril, 1929.

*Dr. Hersilio de Souza*

---