

Testemunhas dos testamentos cerrados

Consulta e Pareceres

Pode o escriptor do testamento cerrado, que o escreveu e assignou a rogo do testador por não saber este ler nem escrever, ser uma das cinco testemunhas de numero do auto de approvação, assignando-o tambem a rogo do testador?

Respondo affirmativamente ao quesito proposto. Não havendo lei prohibitiva a respeito da hypothese, manda a logica juridica que prevaleça o acto contra o qual nenhuma disposição legal pode ser invocada. A lei reguladora das formalidades extrinsecas do testamento cerrado apenas exige que o acto de approvação do mesmo seja assignado pelo testador e cinco testemunhas e que, não sabendo ou não podendo o testador assignar, assigne por elle uma das testemunhas, declarando que

o faz a seu rogo e ~~por não~~ saber ou não poder elle assignar.

Por outro lado permite a lei que o testamento cerrado possa ser escripto por terceira pessoa e assignado pela mesma a rogo do testador por não saber este assignar. E uma vez que entre as pessoas que não podem ser testemunhas nos testamentos cerrados não incluiu a lei o escriptor do mesmo, é obvio que o permittiu, sendo portanto valida a sua assignatura, como testemunha e a rogo do testador. Não me parece mesmo que esse caso possa dar logar a duvida seria.

E' como penso, salvo melhor juizo.

Recife, 10 de Dezembro de 1914.

DR. ADOLPHO CIRNE.

Não conheço lei alguma que prohiba ao escriptor do testamento cerrado, que assignou o mesmo testamento a rogo testador, que não sabia ou não podia escrever, ser testemunha no respectivo instrumento de approvação, assignando-o tambem a rogo do testador.

Por outro lado não vejo repugnancia entre as duas funções de escriptor do testamento e de testemunha na approvação; ao contrario ellas se accommodam com os principios de direito, que permittem que o Tabellião escreva e assigne o testamento a rogo do testador e o approve, conforme o Assento n. 401 de 23 de Julho de 1811 que declarou não terem nullidade quaesquer testamentos escriptos

tos pelo Tabellião e depois approvados pelo mesmo.

A doutrina do Assento citado se acha reproduzida na Cons. das Leis Civis de Teixeira de Freitas, Nota 24 ao Art. 1059, e na Consol. das leis relativas ao Juizo da Provedoria por Ferreira Alves, § 72 n. 10.

E' o que penso.

Recife, 11 de Dezembro de 1914.

DR. AUGUSTO VAZ.

Respondo a consulta pela affirmativa. Nem preciso de longa dissertação ou de muitos argumentos para sustentar a resposta.

Basta considerar em que nenhuma lei o prohibe directa ou indirectamente para chegar-se natural e juridicamente á conclusão de que qualquer pessoa, tendo escripto e assignado um testamento a rogo do testador por não saber este ler nem escrever, pode, a rogo d'elle e pelo mesmo motivo assignar o instrumento de approvação, como uma das cinco testemunhas exigidas para este acto, declarando ao pé de sua assignatura que o faz a rogo do testador por não saber elle ler nem escrever do mesmo modo que "nada obsta que o tabellião tenha escripto o testamento e o approve depois como pessoa publica", conforme a Assento de 23 de Julho de 1811, segundo se vê de Gouveia Pinto, Trat. dos Testamentos e

Successões, ed. T. de Freitas, § 72 e seguintes, e notas.

Recife, 22 de Dezembro de 1914.

Dr. Hersilio de Souza.

Respondo affirmativamente, Quem escreveu e assignou o testamento a rogo do testador, por este não saber ler, nem escrever, pode figurar depois como testemunha da approvação do mesmo testamento.

Não descubro incompatibilidade entre as duas funções, exercidas em actos inteiramente distinctos, que podem occorrer em tempos e logares differentes.

A intervenção no primeiro acto não exclue qualquer outra no segundo, e a prova está em que o testamento pode ser escripto em character particular pelo proprio tabellião que officialmente o tem de approvar.

Recife, 3 de Janeiro de 1915.

Dr. Gondim Filho.

*
**

Para responder á consulta feita, basta responder a esta outra questão:

“Quem pode ser testemunha, em materia de testamentos?”

Teixeira de Freitas, o sempre sabio e summo jurista patrio, no Tratado de Testamentos e Successões, de G. Pinto, affirmou:

§ 46. Podem ser testemunhas nos testamentos todas as pessoas naturaes, contanto que não sejam prohibidas no subsequente § 47;...

E no dito subsequente

—§47. Não podem ser testemunhas nos testamentos, pena de nullidade:

- 1.º—as mulheres, a não ser nos testamentos nuncupativo e militar;
- 2.º—os impuberes;
- 3.º—os loucos;
- 4.º—os prodigos;
- 5.º—os mudos e surdos;
- 6.º—os cegos;
- 7.º—o herdeiro instituido e os filhos sob seu patrio poder;
- 8.º—o pae, sob cujo poder estejam os herdeiros, instituidos estando todos sob o poder de seu pae;
- 9.º—os irmãos do herdeiro instituido estando todos sob o poder do pae;
- 10.º—o escravo, a não ser reputado livre.

Tambem o conhecido *Coelho da Rocha*, nas Instituições de Direito Civil, § 686, diz que podem ser testemunhas nos testamentos quaesquer pessoas não excluidas por lei. Depois diz textualmente:

São impedidos por defeito natural: 1.º os impuberes; 2.º os dementes, furiosos e interdictos; 3.º os surdos ou mudos; 4. os cegos; Por prohibição de lei: 5.º as mulheres, excepto nos testamentos nuncupativo e militar e nos codicillos; 6.º os herdeiros instituidos bem como o pai, filhos ou irmãos destes.

Cloris Berilacqua e todos os autores brasileiros ou portuguezes, (que nos regemos ainda pelas Ordenações), todos, sem excepção de um só, são unanimes, acompanhando T. de Freitas e Coelho da Rocha. Uns enumerando mais explicadamente outros menos explicadamente, todos dizem prohibidos de ser testemunhas nos testamentos as mesmas pessoas enumeradas por T. de Freitas e Coelho da Rocha. Não ha um só, um unico que diga prohibido de ser testemunha o escriptor do testamento.

Mas pelo contrario, o sabio commentador do Codigo Philippino, o egregio *Candido Mendes*, referindo-se ao testamento particular, quando commenta a Ord. Livro 4. Tit., 80, § 3. affirma positivamente que o escriptor do testamento pode ser uma das suas testemunhas.

Eis ahi: nenhum autor, nenhuma lei contraria que o escriptor de um testamento possa ser uma das testemunhas do auto de approvação dos cerrados. Isto, *de jure constituto*; e *de jure constituendo*?

Veja-se o art. 2459 do Projecto do Codigo Civil, do Snr. Conselheiro Coelho Rodri-

gues e se verificará que apenas prohibe serem testemunhas nos testamentos aos praticantes e empregados do tabellião que o fizer ou receber; ou pessoa particularmente dependente do mesmo por qualquer causa.

Veja-se o projecto anterior do Smr. Dr. Joaquim Felicio dos Santos, art. 1654 e se verificará tambem que ali não figura prohibição ao escriptor de ser testemunha nos testamentos.

Veja-se finalmente o Projecto Clovis Bevilacqua, já approvedo pela Camara e Senado, de onde voltou com emendas para aquella casa do Congresso Nacional, onde elle estatue:

Art. 1657 —Não podem ser testemunhas em testamentos:

I os menores de 14 annos; II os loucos de todo genero; III os surdos mudos e os cegos; IV o herdeiro instituido, seu conjuge e os filhos sob o patrio poder do instituido; V o pai ou mãe sob cujo poder estiver o instituido: VI os irmãos do herdeiro instituido, si todos estiverem sob o patrio poder; VII os legatarios, salvo quanto ao auto de approvação do testamento cerrado.

No Senado as emendas approvedas foram quatro: tres supprimindo os numeros V e VI e o final do numero VII e uma outra augmentando a edade marcada no numero I para 16 annos.

Eis ahi; nem os autores, nem as leis, nem os projectos de leis prohibem ao escriptor de um testamento ser testemunha do mesmo ou do auto de sua approvação.

Haverá uma lei que impeça, prohiba figurar como testemunha do auto de approvação quem quer que conheça as disposições do testador?

Nenhuma, absolutamente nenhuma, responderão todos, por mais mediocrementemente conhecedores do direito que sejam. Pelo contrario: não póde o tabellião escrever o testamento cerrado como pessoa particular e depois approval-o como pessoa publica, como tabellião?

Parece-nos que não é necessario lembrar ter o Assento n. 401 de 23 de Julho de 1811 resolvido pela affirmativa, isto é, que os testamentos cerrados escriptos e approvados pelo mesmo tabellião, são validos, perfeitamente validos.

Aliás, muito mais grave é o acto do tabellião, do que o da simples testemunha, aléin de que desde o direito romano se sabe que *homo plures personas sustinere potest*. Quér isto dizer que uma só pessoa pode representar mais de um papel. Assim o consul que possuia escravos podia figurar no acto de libertação dos mesmos, como *pessoa particular*, o senhor que concedia a liberdade, e como *pessoa publica*, o consul que presidia o acto para que fosse legal; assim o tabellião, como *pessoa particular*, póde escrever, ser o escriptor de um testamento cerrado, e como *pessoa publica* ser o tabellião que depois o approve; assim póde

uma pessoa qualquer ser o *escriptor* de um testamento cerrado e depois *testemunha* do acto de sua appovação; assim pôde uma pessoa ser o *escriptor* de um testamento particular aberto e depois ser *testemunha* do mesmo testamento, porque em qualquer desses casos a pessoa figura em character diverso em cada acto.

Em nenhuma parte as Ordenações prohibem ao *escriptor* do testamento de ser *testemunha* do mesmo, portanto de, no cerrado, ser *testemunha* do acto de sua approvação. E é bem sabido, conhecido e reconhecido serem actos completamente distinctos —a factura de um testamento —e— o acto de sua approvação—, podendo entre elles medeiar dias, semanas, mezes, annos, de maneira que não é possível comprehender-se ter figurado em character unico o *escriptor* de um testamento cerrado que depois serviu de *testemunha* no acto de sua approvação. Não, o *escriptor* que depois serviu de *testemunha*, *duas personas sustinuit*, segundo o velho principio de direito romano. Portanto,

“pôde o escriptor de um testamento cerrado ser testemunha do acto de sua approvação.”

Recife, Outubro, 1915.

Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.

Não ha impedimento algum, geral nem especial, para o escriptor do testamento cerrado subscrever o auto de approvação do mesmo testamento, como testemunha, assignando-o tambem a rogo do testador.

Da falta de prohibição legal, conclue-se a permissão.

Ao tabellião, que approva o testamento, a lei permite que o escreva a rogo do testador: porque havia de prohibir á testemunha do mesmo auto lavrado pelo tabellião?

No testamento cerrado, ha dois actos successivos: a carta testamentaria, que é secreta, e o instrumento de approvação, que é publico. As testemunhas apparecem no segundo acto, e, de ordinario, ignoram o conteudo do primeiro, mas, por conhecerem ellas ou algumas dellas as disposições testamentarias, não perde o testamento o seu valor nem seu character.

As testemunhas o que attestam é a solemnidade da approvação, desde o momento, em que a carta testamentaria é apresentada ao tabellião até á sua conclusão pelas respectivas assignaturas. São alheias ás disposições do testamento: por isto, no caso de impedimento do testador é licito que o escriptor do testamento, que o escreveu e assignou a rogo do testador, funcione como testemunha do auto de approvação e ahi tambem assigne em nome do testador, declarando porque o faz.

Rio de Janeiro, 18 de Janeiro de 1915.

Dr. Clovis Bevilacqua.