

P A R E C E R E S

8.^a Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 49.839

Relator: O Exmo. Sr. Desembargador Luiz Antônio de Andrade
Apelantes: 1) Ernesto Bensanzoni e outra; 2) Michelle Lillo
Apelados: 1) Os mesmos; 2) Fernando Cento; 3) Testamenteiro e Tutor Judicial

Testamento ológrafo. Validade e exeqüibilidade, no Brasil, de testamento ológrafo, sem testemunhas, feito na Itália, de acôrdo com a lei italiana. Lei aplicável quanto à forma do testamento. Jurisprudência brasileira e estrangeira, direito costumeiro. Projeto do Professor Haroldo Valladão, Conferência de Haya de 1960, sôbre forma e formalidades testamentárias em direito internacional privado.

PARECER

1. Trata-se de apelação interposta de despacho de fls. 46v., que mandou inscrever e cumprir o testamento ológrafo de Gabriella Bensanzoni Lage Lillo, escrito, datado e assinado na Itália, obedecendo às formalidades da lei italiana.

Da decisão apelaram Ernesto Bensanzoni e Adriana Bensanzoni Zambotti, irmãos da testadora, a fls. 58 e Michelle Lillo, viúvo da inventariada, a fls. 123.

Intervieram, como apelados, o Cardeal Fernando Cento, a fls. 160 e o Dr. Testamenteiro Judicial.

Na apelação, os irmãos da testadora pedem a declaração de que o testamento não tem validade e não pode ser executado no Brasil.

O viúvo da inventariada alega a inexecüibilidade do testamento no Brasil, porque, se trata de testamento particular, sem testemunhas, embora feito na Itália, onde a lei admite o testamento ológrafo, sem os requisitos e formalidades que a lei brasileira exige, invocando em apoio de sua tese o V. Acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O Cardeal Fernando Cento sustenta a validade e a exequibilidade do testamento no Brasil e o Dr. Testamenteiro e Tutor Judicial expressa-se pela manutenção da sentença apelada.

No parecer de fls. 164, o Dr. Curador de Resíduos opina pela manutenção do julgado e demonstra, segundo a regra *locus regit actum*, que o testamento feito na Itália e obedecendo aos requisitos lá formulados deve ser executado no Brasil.

2. A respeito da sucessão de D. Gabriella Bensanzoni Lage Lillo a Egrégia Oitava Câmara Cível já se pronunciou nos seguintes recursos:

a) No Agravo de Instrumento n.º 18.882, onde o Cardeal Fernando Cento, membro do Sacro Colégio da Santa Igreja Apostólica Romana, domiciliado no Estado do Vaticano, sustentou a incompetência da Justiça brasileira para processar e julgar o inventário dos bens deixados por D. Gabriella Bensanzoni Lage Lillo, falecida em Roma, em 8 de julho de 1962, onde se achava domiciliada, tendo a Egrégia Câmara negado provimento ao agravo e, em consequência, julgado competente a Justiça brasileira para processar e julgar o inventário, em relação aos bens situados no Brasil;

b) Nos Agravos de Instrumento ns. 17.284 e 17.494, julgados em conjunto, nos quais a Egrégia Câmara anulou as decisões a respeito da aplicação do testamento quanto à exclusão de irmãos da testadora, sob o fundamento de que, preliminarmente, o Dr. Juiz *a quo* deveria ter mandado cumprir e inscrever o testamento e manter a decisão na parte que nomeou o testamenteiro e o inventariante judiciais para as respectivas funções.

Anulada, assim, a decisão anterior, voltaram os autos à primeira instância, onde o Dr. Juiz *a quo* mandou inscrever e cumprir o testamento ológrafo de D. Gabriella Bensanzoni Lage Lillo.

Dêse despacho foram interpostas as apelações, objeto do presente julgamento.

3. Na hipótese dos autos, D. Gabriella Bensanzoni Lage Lillo, brasileira naturalizada, estando domiciliada na Itália — não só na ocasião em que redigiu o seu testamento, como, no momento da sua morte, fêz um testamento ológrafo, datado e assinado por ela, como o permite o art. 602 do Código Civil Italiano, que não exige para sua validade a intervenção de testemunhas.

Falecendo a testadora, na Itália, foi o testamento apresentado, publicado e registrado em Roma, em 20 de julho de 1962, como consta do documento de fls. 12, devidamente legalizado e traduzido para produzir efeito no Brasil.

O testamento ológrafo, também chamado de particular, aberto, privado e de próprio punho, em alguns países, como na Alemanha, na Suíça, na França, na Itália, na Espanha, na Argentina, na Austria e em alguns Estados da América do Norte, não se pede para a sua validade a existência de testemunhas; basta que seja escrito, datado e assinado de próprio punho pelo testador, ao passo que, em outros países, como

na Inglaterra e na maioria dos Estados americanos, se impõe a existência de duas testemunhas.

No Brasil, o artigo 1.645 exige, como requisito essencial para sua validade, a intervenção de cinco testemunhas, além de ter sido escrito e assinado pelo testador e lido perante as testemunhas. Impõe-se, ainda, no sistema do direito brasileiro, que após a morte seja publicado em Juízo, com citação dos herdeiros legítimos, e ouvidas, no mínimo, três das cinco testemunhas instrumentárias, como dispõem os arts. 1.645 a 1.648 do Código Civil.

Há, como se vê, entre o direito brasileiro e o direito italiano, diferença quanto às formalidades exigidas por um direito e pelo outro, para a validade do testamento ológrafo.

4. O princípio *locus regit actum*, de direito costumeiro, desde BARTOLO, post-glosador, no século XIII, foi afirmado nas Ordenações Filipinas, L. III, T. 59, n.º 1, no Regulamento 737, de 1850, art. 3.º, § 2.º, da Consolidação de TEIXEIRA DE FREITAS, artigos 406-407, no Esboço, arts. 857-858, e sobre ele dispunha o art. 11 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, de 1917, dizendo textualmente:

“Art. 11 — A forma extrínseca dos atos públicos ou particulares rege-se-á segundo a lei do lugar em que se praticarem”.

A atual Lei de Introdução ao Código Civil não tem a respeito nenhuma norma geral, nem especial quanto à forma dos testamentos, ao contrário do que ocorria com o diploma legal anterior, que adotava o princípio acima mencionado para os atos jurídicos em geral, nêle se incluindo o testamento, como espécie do gênero. Não obstante, o preceito permanece no direito brasileiro como princípio costumeiro.

5. No direito internacional privado, em regra, aceita-se o testamento celebrado em outro país, desde que a forma adotada não seja contrária a preceitos de ordem pública interna do país onde se achem os bens, ou onde deva ser executado o ato de última vontade.

É o que ocorre, por exemplo, com os testamentos conjuntivos que não podem ser cumpridos no Brasil, porque a nossa lei, expressamente, não mais admite o testamento de mão comum ou conjuntivo e, por isto, tais testamentos, embora feitos sob a égide de legislação que o permita, não são exequíveis no Brasil, como salientava, em brilhante parecer, o Ministro Luiz Gallotti, então Procurador da República, numa hipótese de dois suecos que, no estrangeiro, fizeram um testamento de mão comum (Revista Forense, vol. 63, pág. 50).

Os testamentos conjuntivos não têm sido admitidos nos países que não os reconhecem, porque ofendem a ordem pública interna ou porque não constituem um simples problema de forma, porém, de substância.

Na Italia, cujos Códigos Civis, quer o atualmente em vigor, como o que anteriormente vigiu, não admitem o testamento conjuntivo, a jurisprudência se pronunciava pela nulidade do testamento conjuntivo de

italianos no estrangeiro, quando o testamento tivesse de ser executado naquela Nação. No Brasil, antes do Código Civil, no regime das Ordenações Filipinas, que admitiam o testamento conjuntivo ou de mão comum, dois cônjuges de nacionalidade italiana, domiciliados no Brasil, fizeram um testamento conjuntivo, que, apresentado na Italia, foi considerado nulo por se tratar de matéria de substância e haver proibição, no art. 761 do antigo Código Civil.

O juiz de primeira instância considerou válido o testamento em sentença de 20-7-1895; na apelação, a Côrte de Luca reformou a sentença para declarar nulo o testamento; e, finalmente, a Côrte de Cassação de Florença confirmou o julgado declarando, explicitamente, nulo o testamento (Francesco P. Contuzzi, *Il Diritto Ereditario Internazionale*, Milão, 1908, pg. 535/538, n. 243).

Não é a mesma, porém, a situação do testamento ológrafo, que não é proibida pelo nosso direito e não constitui problema de substância, mas questão de forma ou de formalidades. A forma particular, no nosso direito, exige as formalidades que os sistemas que seguiram o modelo francês desconhecem.

É mister não confundir a forma com as formalidades. A divergência entre o nosso direito e o italiano não está na forma, mas nas formalidades.

Acentue-se, desde logo, que diversos testamentos ológrafos, sem testemunhas, feitos no Brasil, obedientes às formalidades da lei italiana, foram invariavelmente mandados cumprir, por terem obedecido à lei da nacionalidade do testador.

6. Em matéria de forma de testamento não tem havido uniformidade nos sistemas legislativos e na doutrina, porque, embora seja sempre invocada a regra *locus regit actum*, muitas vêzes afasta-se êsse adágio e adota-se para forma a lei da nacionalidade do *de cujus*; a do domicílio no momento da feitura do testamento; a lei pessoal no momento da morte; ou a própria lei que deva reger a sucessão, ou a que de fato a vem reger, no futuro.

A tendência mais moderna se manifesta no sentido de procurar sempre salvar a declaração de vontade do testador, não só no direito internacional privado, como também no direito interno e, por isto, guiadas por êsse princípio, as mais modernas legislações estabelecem que se deve cumprir o testamento, desde que êle obedeça a uma das leis que seria possível invocar para sua validade.

O projeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, elaborado pelo Professor Haroldo Valladão, por incumbência do Governo Brasileiro, dispõe:

“Art. 29 — A forma extrínseca dos atos públicos ou particulares rege-se segundo a lei do lugar em que se praticarem, se não foi observada quer a forma da lei reguladora da substância do ato, quer a da lei da nacionalidade ou do domicílio do declarante ou comum, dos contratantes”.

Na justificação do texto, sublinhou o eminente Professor a diretriz geral e lembrou a recentíssima Convenção de Haya, de 1960, sobre forma do testamento, cujo art. 9.º admitiu a validade do ato, desde que obedeça a uma das seguintes cinco (5) leis, como sejam: a lei do lugar do ato, da nacionalidade, do domicílio, da residência habitual e da situação dos imóveis.

Diz textualmente o Professor Haroldo Valladão:

“O texto do anteprojeto, admitindo, assim, a validade da forma do ato se obedeceu a uma das quatro leis, *lex-loci, lex-causae*, lei nacional ou Lei do domicílio, atende, no campo do DIP, à orientação contemporânea de evitar nulidades por simples vício extrínseco, que foi, também, seguida em Códigos e Projetos últimos, Código egípcio e Proj. Húngaro citados, prevendo aquelas quatro leis e Código peruano, Lei italiana, Código grego, referidos, aquelas menos a do domicílio. Levando tal diretriz ainda mais longe a recentíssima Convenção de Haya sobre *forma do testamento*, 1960, admitiu, art. 9.º, a respectiva validade por cinco leis, lugar do ato, nacionalidade, domicílio, residência habitual e situação dos imóveis” (Anteprojeto de Lei Geral pg. 71).

7. Na jurisprudência dos tribunais da Europa encontramos muitas controvérsias a respeito do testamento ológrafo feito em país que o admite, por nacionais de país que proíbe os seus nacionais de testarem, no estrangeiro, por forma não autêntica. A orientação tem sido a de acolher o testamento, embora com divergências, aplicando-se a regra *locus regit actum*.

A matéria tem surgido especialmente em relação à Holanda, cujo Código Civil, no art. 992, estipula a proibição do neerlandês de testar, no estrangeiro, de forma não autêntica.

Para a jurisprudência antiga, sobre a matéria, pode-se verificar as indicações de julgados das Côrtes da Itália, da Bélgica e da França analisados por Francesco P. Contuzzi, em *Il Diritto Ereditario Internazionale*, Milão, 1908, predominando nesses julgados a aplicação da regra *locus regit actum*, mesmo nos casos do holandês, cuja legislação nacional veda-lhes, no estrangeiro, a adoção da forma testamentária ológrafa.

No concernente à jurisprudência moderna, o “*Journal du Droit International*” nos volumes relativos aos anos de 1961, 1962, 1963, 1964 e 1965, registram diversos casos julgados na Europa, a respeito de testamentos ológrafos: no volume relativo ao ano de 1965, pg. 468, onde as Côrtes da Inglaterra aplicam a Convenção de Haya, de 1960, sobre a forma dos testamentos, ratificada em 1963, considerando válido testamento ológrafo feito no exterior, sem testemunhas, embora o direito inglês as exija; no volume do ano de 1963, pg. 527, encontra-se a aplicação da regra *locus regit actum*; no do ano de 1962, pg. 1.064, onde se acha jul-

gado de Anvers, de 16-12-1960, que considerou válido testamento de neerlandês, feito na Bélgica, não obstante a proibição da lei nacional do testador; no volume relativo ao ano de 1961, pg. 898, há julgado de 27-6-58, da Côrte de Cassação da Bélgica, que considerou válido o testamento ológrafo do Barão Selys Fauson, não obstante o art. 992 do Código Civil Holandês proibir aos seus cidadãos, no estrangeiro, adotar forma de testamento que não seja a autêntica.

8. O "Journal du Droit International", já mencionado, editado em Paris, por Éditions Techniques S.A., no volume relativo ao ano de 1961, dá notícia, a pág. 654 e seguintes, da IX Sessão da Conferência de Haya sôbre direito internacional privado, reunida no mês de outubro de 1960, com a presença de delegados de 18 países, que aprovaram projeto de convenção sôbre a forma e formalidades de testamentos, organizado por Comissão presidida por M. Nipels, Vice-Presidente da Côrte de Cassação dos Países Baixos e na qual foi Relator da matéria o Professor M. H. Batiffol, da Faculdade de Direito de Paris.

O projeto teve origem em proposta da Delegação Inglesa na sessão do ano de 1956. Salientou-se que era necessário uma convenção sôbre a matéria, dadas as divergências existentes nas leis das diversas nações, o que importava, muitas vêzes, em se deixar de cumprir a vontade do testador por uma questão de forma extrínseca, obrigando, ainda, os testadores que tivessem bens em mais de um país, a fazer mais de um testamento, de acôrdo com a lei da situação dos bens, para evitar dúvidas quanto à validade e exequibilidade.

Nessa conferência, como na Convenção, o "favor testamenti" foi a idéia que predominou como imperativo tendente a salvar a declaração da vontade do testador, livremente manifestada. Por isto, a Convenção fixou que seria válido o testamento que tivesse obedecido à forma e formalidades de qualquer das seguintes leis: a *lex loci actus*, a lei do domicílio do testador, a lei nacional, a lei da residência habitual e da situação dos imóveis.

9. Na jurisprudência dos nossos tribunais encontramos, em matéria de forma de testamento, a aplicação da lei do lugar, onde foi concluído o ato, outras vêzes a incidência da lei da nacionalidade do testador, tendo sido mesmo admitido o testamento particular feito no Brasil, por italiano, de acôrdo com a lei italiana, que era a lei da nacionalidade do testador, ou, ainda, do inglês, de acôrdo com a lei da Inglaterra.

A aplicação da lei da nacionalidade foi feita muitas vêzes pela jurisprudência, em julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, que aceitou testamentos feitos no Brasil, por italianos, de acôrdo com a lei italiana, como se pode verificar do Brasil-Acórdãos, vol. 12, pg. 89 e 90, ns. 31.269 e 31.270, idem, Primeiro Suplemento, pgs. 591, n.º 35.095 e do Tribunal de Justiça do então Distrito Federal, hoje Estado da Guanabara, como se pode verificar do Arquivo Judiciário, vol. 28, pg. 473 e vol. 38, pg. 431, Brasil-Acórdãos, vol. XII, pg. 90, n.º 31.272 e 31.273, pg. 91.

O V. Acórdão, que foi publicado no vol. 38 do Arquivo Judiciário, e acima mencionado, trata de um testamento ológrafo, sem testemunhas,

feito no Brasil, pelo cidadão francês Oscar Bernard, que foi mandado cumprir no Juízo da Provedoria e Resíduos.

10. Discutiu-se também no Brasil a possibilidade de um cidadão inglês, aqui domiciliado, testar de forma admitida na lei inglesa. Sustentou o então Curador de Resíduos, o ilustre jurista e homem de letras, Ademar Tavares que a regra *locus regit actum* era facultativa e assim podia o cidadão inglês testar adotando uma forma reconhecida pela sua lei pessoal, embora aqui estivesse domiciliado (Revista dos Tribunais, vol. 39, pg. 461, Serpa Lopes, Comentário Teórico e Prático à Lei de Introdução ao Código Civil, 1946, vol. III, pg. 90, Rodrigo Octavio, *in* Manual do Código Civil Brasileiro, de Paulo de Lacerda, Introdução, vol. II, pg. 325, nota 326). Acolhendo o parecer, Ovídio Romeiro mandou cumprir o testamento, em sentença de 1921 (Revista de Direito, vol. 62, pg. 39).

11. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo afirmava, no regime da anterior Lei de Introdução ao Código Civil, não obstante a regra expressa no art. 11 que:

“Pode o cidadão italiano fazer testamento ológrafo no Brasil. A regra do art. 11 da Introdução ao Código Civil é facultativa e o art. 775 do Código Civil italiano prevê essa forma de testamento” (acórdão de 16-1-41, *in* Revista Forense, vol 87, pg. 163).

Invocou-se, nesse caso, a opinião de Carvalho Santos, Código Civil Interpretado, vol. 2, pg. 153, e de Clóvis Bevilacqua, Direito Internacional Privado, 2ª Edição, pg. 390, também no Direito das Sucessões, parágrafo 60, os quais informam que o testamento deve obedecer à lei do lugar onde é redigido, salvo se o testador preferir a lei da nacionalidade.

Esse V. Acórdão do Egrégio Tribunal de São Paulo foi objeto de ação rescisória, julgada improcedente, unânimemente, pelas Egrégias Câmaras Conjuntas, em V. Acórdão de 28-1-1948, publicado na Revista dos Tribunais, vol 173, pg. 449, no qual se afirma constituir doutrina dominante a que foi sufragada e segundo a qual podia se adotar, quanto à forma do testamento, a lei nacional do testador, não obstante a regra *locus regit actum*, expressa no mencionado art. 11.

12. O ilustre patrono do segundo apelante, nas suas eruditas alegações, invoca um apoio da tese que sufraga, segundo a qual o testamento particular feito de acôrdo com a lei italiana é inexecutível no Brasil, por não ter testemunhas, V. Acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, no Recurso Extraordinário nº 58.152, relatado pelo eminente jurista, Ministro Victor Nunes Leal, que se encontra por certidão a fls. 146 e se acha publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol 33, pg. 50.

A ementa do V. Acórdão é a seguinte:

“Testamento particular. Requisitos. Homologação. Lei domiciliar e lei nacional. Inexequível, no Brasil, testamento particular sem testemunhas, embora feito por estrangeiro, cuja lei nacional o permite”.

Tratava-se de testamento particular feito por francês domiciliado no Brasil, que não foi aceito pelo Egrégio Tribunal de São Paulo, não tendo o Colendo Supremo Tribunal Federal tomado conhecimento do recurso extraordinário.

No seu voto, o eminente Ministro Relator revela que a Egrégia 2.^a Turma já tivera oportunidade de declarar inexequível, no Brasil, testamento particular feito na França, sem testemunhas, como se poderá verificar, informa o voto, no Diário da Justiça, de 12-12-1963, pg. 1.279, no Recurso Extraordinário 47.613. Nesse caso citado, o eminente Ministro Vilas Boas informa que o testador era brasileiro e estava domiciliado no Brasil.

Além disso, esclarece o Senhor Ministro Vilas Boas:

“Não se trata, a meu ver, da apuração dos requisitos extrínsecos do testamento, segundo a fórmula tradicional *locus regit actum*, pois, quanto a isso, não pode haver dúvida e, sim, de sua exequibilidade” (Revista citada, vol. 33, pg. 562).

Como se verifica, não obstante a ementa, não ficou claro o pensamento do Pretório Excelso, de modo a se considerar prejudgado o caso dos autos, no qual a testadora fez o testamento de acordo com a lei do lugar (*locus regit actum*) onde se achava domiciliada e que é a lei da sucessão por ter falecido na Itália, seu último domicílio.

13. Os nossos autores opinam, em geral, pela incidência da lei do lugar onde fôr redigido o testamento, podendo, porém, o testador adotar a lei da nacionalidade, afastando o princípio *locus regit actum*, por ser facultativo.

No regime da atual Lei de Introdução, Oscar Tenório ensina que “quanto à forma, a matéria está sujeita ao princípio *locus regit actum*, com as exceções que ao adágio são feitas” (Direito Internacional Privado, pg. 361, n.º 597 e nos Comentários à Lei de Introdução, pg. 348, n.º 649).

Tito Prates da Fonseca professava que a regra *locus regit actum*, então constante do artigo 11 do citado diploma legal, podia ser afastada para a incidência da lei da nacionalidade do testador (Sucessão Testamentária, São Paulo, 1923, pg. 251, n.º 120).

No regime da Lei de Introdução de 1917, os autores estavam todos de acordo em que o princípio dominante, que devia imperar quanto às formalidades do testamento, era o da lei do lugar onde fôsse concluído. Havia divergência para saber se esse princípio era de *jus cogens* ou de direito supletivo, afirmando alguns que a regra podia ser afastada e outros negando que pudesse ser ilidida. Daí a controvérsia a respeito da possi-

bilidade do estrangeiro, no Brasil, fazer testamento ológrafo de acôrdo com a lei estrangeira, adotando a lei da nacionalidade. Rodrigo Octavio resumia o debate mostrando que, de um lado, sustentando a imperatividade da aplicação do princípio *locus regit actum*, se achavam Machado Villela, Paulo Meréia e Eduardo Espínola, enquanto acolhiam tese contrária, Clóvis Bevilacqua, F. Vampré, João Luiz Alves e Pontes de Miranda, como se pode verificar dos magníficos comentários de Rodrigo Octávio à antiga Introdução ao Código Civil, publicados no Manual do Código Civil Brasileiro, de Paulo de Lacerda, vol. 1, 2.^a Parte, pg. 324, n.º 355.

Foi nessa época que Ademar Tavares deu o parecer já citado nesta promoção, no qual afirmou a validade do testamento feito no Brasil por um inglês, de acôrdo com a legislação inglesa, não obstante estar aqui domiciliado.

Pois bem, êste parecer de Ademar Tavares, em meio à polêmica que se travava em tôrno do tema, provocou uma carta a êle endereçada por Clóvis Bevilacqua, na qual doutrina com sua incontrastável autoridade "que o Brasil acata a forma que estiver de acôrdo com a lei do lugar, onde o ato jurídico se realizar" (*Apud* Rodrigo Octavio, livro citado, pg. 325, nota 326, onde se encontra na íntegra a carta em questão).

Não vemos, assim, como se possa negar validade e exeqüibilidade ao testamento ológrafo feito pela testadora, de acôrdo com as formalidades da lei italiana, lugar onde foi redigido, datado e assinado, por pessoa que lá estava domiciliada.

Em matéria de testamento, como já dissemos acima, o princípio dominante é o de salvar sempre a declaração de vontade do testador, desde que não haja uma fraude ou ofensa a um princípio de ordem pública.

A tendência de salvar-se a vontade do testador na legislação mais recente, nos projetos e nas convenções internacionais, se manifesta através do expediente da validade e exeqüibilidade do testamento, sempre que êle tenha obedecido às formalidades de qualquer lei a que poderia estar submetido, como verificamos no art. 29 do Projeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas organizado pelo Professor Haroldo Valladão e do art. 9.º da Convenção de Haya, de 1966, ambos já citados, por mais de uma vez, neste parecer.

Na espécie, o testamento ológrafo foi concluído na Itália e assim, teria apenas de se aplicar a regra *locus regit actum*. Todavia, como se alegou a sua ineqüibilidade, no Brasil, por não ter testemunhas e não poder assim ser reduzido à pública forma, mediante audiência de três das testemunhas instrumentárias, fizemos menção à copiosa jurisprudência, considerando exeqüível e válido no Brasil, o testamento ológrafo, sem testemunhas, feito por italianos, de acôrdo com a lei da sua nacionalidade, para demonstrar que o fato da inexistência de testemunhas não é razão para se negar a exeqüibilidade do testamento, no caso dos autos.

Em tais termos, nenhuma dúvida temos em afirmar a validade e a exeqüibilidade do testamento ológrafo de D. Gabriella Bensanzoni Lage Lillo.

15. Nestas condições, invocando os Áureos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos que se negue provimento às apelações, confirmando-se a respeitável sentença apelada que bem decidiu, de acôrdo com o direito e a prova dos autos.

Rio, 17 de julho de 1967 — Clóvis Paulo da Rocha, 11º Procurador da Justiça.

Da caducidade da doação, em decorrência de ilegalidade superveniente do encargo.

PARECER

1. Comprovada a impossibilidade legal de ser cumprido o encargo, em virtude de lei superveniente, conclui-se pela caducidade da doação, mediante interpretação sistemática dos artigos 116 e 1181, § único do Código Civil.

2. Efetivamente, o artigo 116 considera que as condições juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinadas, enquanto o artigo 1.181, § único, admite a revogação das doações com encargo na hipótese de mora do donatário.

3. Conclui-se assim que, sendo o encargo, no particular, equiparado à condição, seja suspensiva, seja resolutiva (art. 128 do Código Civil), a sistemática do nosso Código prevê duas hipóteses distintas:

a) Sendo a condição ilegal originária ou supervenientemente, invalida o ato, ensejando, respectivamente, a sua nulidade (ilegalidade originária) ou sua caducidade (ilegalidade superveniente);

b) Ocorrendo simples mora no encargo, pode ser a mesma revogada pelo doador.

4. A lei não faz distinção entre a impossibilidade jurídica originária e superveniente, devendo, em ambos os casos, o resultado ser a invalidade do ato jurídico na sua totalidade e não apenas da condição ou encargo. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazer discriminações, de acôrdo com os princípios de hermenêutica.

5. Não há dúvida, na doutrina brasileira, quanto à aplicação do art. 116 aos encargos, conforme se verifica pela lição de Eduardo Espínola e de Agostinho Alvim, que constitui matéria mansa e pacífica.

Afirma o primeiro que:

“Quanto aos encargos impossíveis e aos ilícitos, recebe aplicação o art. 116 do Código Civil, isto é, os encargos impossíveis têm-se por inexistentes, subsistindo a liberalidade, ao passo que, *sendo ilícito ou imoral o modo ou encargo, nula será a declaração de vontade em seu conjunto*” (Eduardo Espínola, *Dos contratos nominativos no direito civil brasileiro*, Rio, Gazeta Judiciária Editora S/A., 1953, pág. 178, nota 11).