

saber se o réu quis ou não com ela, segundo os cânones da boa interpretação dos actos jurídicos, arguir a caducidade do direito da autora, que o Supremo se propõe decidir finalmente, como tribunal de revista, depois de ampliada a matéria de facto nos termos ordenados?

E onde reside a violação das regras de direito aplicáveis à interpretação dos actos jurídicos (como é a declaração do réu contestante), capaz de converter a divergência entre a Relação e o Supremo acerca do sentido decisivo da contestação numa *questão de direito*, que ao Tribunal de revista caiba decidir?

Ou estará antes a questão de direito, visada pelo Supremo com a ampliação da matéria de facto questionada que ordenou, naquele certo *venire contra factum proprium* que o Supremo entende estar subjacente a alguns dos factos articulados pelos réus e pode ser apreciado oficiosamente pelo tribunal?

Mas como iriam processar-se as coisas, se a Relação entendesse, como era fácil prever<sup>(1)</sup>, que o réu não alegara na contestação

(1) Recorde-se, efectivamente, que nas conclusões da alegação do recurso de apelação, o réu pediu, além do mais, se alterasse a resposta ao quesito 14.º (ao abrigo do disposto no art. 712.º, n.º 1, al. b.), do Cód. Proc. Civil), porquanto, uma vez provado, o respectivo facto implicaria a improcedência da acção por abuso de direito, devendo a sentença ser revogada.

A Relação, no acórdão que proferiu, não só não alterou a resposta ao quesito 14.º (por entender não certa que ela não era decisivamente destruída por elementos probatórios constantes do processo), como entendeu não se justificar a formulação de quesitos novos, por não serem indispensáveis para boa decisão da causa.

E se negou provimento ao recurso, foi certamente por considerar que não havia nos articulados à alegação de factos que bastassem à configuração do exercício abusivo do direito.

Na verdade, para integrar a figura do abuso do direito no caso dos autos, não bastaria por certo a prova de que só por negligência manifesta o preferente não teve conhecimento dos *elementos essenciais* da alienação, depois de saber que esta se realizou. Seria necessário, além disso, alegar e provar que, já depois de ter conhecido os *elementos essenciais* da operação e antes de terem decorrido os seis meses subsequentes de que fala o n.º 1 do artigo 1410.º do Código Civil, ele dera a entender

os factos necessários para compor a complexa figura desenhada no artigo 334.º do Código Civil, muito embora alguns dos factos por ele articulados pudessem coexistir, quando provados, um *começo* de demonstração (mas um simples *começo*, inacabado) do exercício abusivo do direito de preferência?

7. Para se saber, com a necessária precisão e segurança, até onde vai o poder conferido ao Supremo, no julgamento da revista, pelo disposto no n.º 3 do artigo 729.º do Código de Processo Civil, e até onde se estendem os limites da impossibilidade da sua censura aos poderes que o artigo 712.º, n.º 2, do mesmo diploma confere às Relações como tribunais de última instância, importa ter sempre bem presente no nosso espírito a ideia básica expressamente formulada na declaração de voto do Cons.º MOREIRA DA SILVA e inquestionavelmente subjacente a toda a retórica argumentativa ou dialéctica do acórdão: a de que o Supremo, como tribunal de revista, só conhece de *matéria de direito*, só pode ser chamado a intervir, em via de recurso, para reparar qualquer violação da lei (*lato sensu*), quer da lei substantiva, quer da lei adjectiva ou processual (cfr. arts. 721.º, n.º 2; 729.º, n.º 1 e 2; 730.º, n.º 1 e 2; e 755.º, n.º 1, do Cód. Proc. Civil).

Quanto aos factos, o sistema tem como peça fundamental o tribunal colectivo (de 1.ª instância), embora a última palavra do seu julgamento caiba à Relação, não como tribunal de segunda (ou de nova) primeira instância, mas como tribunal corrector ou fiscalizador dos juízos proferidos pelo colectivo.

Esta separação de funções deve, em princípio, ser rigorosamente observada, apesar de todos saberem como é difícil, mesmo sob a óptica unilateral e limitada da lei processual, a distinção prática entre o facto e o direito, e de ser fácil verificar, através da aplicação prática das leis, como as categorias dogmáticas do facto e do direito se

ao adquirente que não estava disposto a exercer o seu direito.

Só assim, ou em termos semelhantes, seria possível considerar a instauração da acção como um caso de *venire contra factum proprium*.

interpenetram reciprocamente, a cada esquina da administração da justiça.

Precisamente por virtude do sentido pragmático que convém imprimir à distinção, se compreendem os termos *categoricos* em que a lei (arts. 712.º, n.º 2; 726.º, *in fine*, e 729.º, n.º 2 e 3, do Cód. Proc. Civil) *reserva* para a Relação o poder de anular a decisão do colectivo, no caso de considerar deficientes, obscuras ou contraditórias as respostas aos quesitos formulados<sup>(1)</sup>, muito embora se não ignore que este julgo de deficiência, obscuridade ou contradição não seja, em bom rigor, nem puro julgo de facto, nem matéria de direito, mas sim verdadeiro julgo de valor sediado no recinto próprio da lógica, cujos domínios excedem em larga medida a área dos preceitos *normativos*. E assim se explica também a pacífica aceitação pela nossa jurisprudência da orientação que veda a censura pelo Supremo, quer da decisão da Relação que não anulou as respostas do colectivo que sejam, na verdade, deficientes, obscuras ou contraditórias, quer da decisão que as anulou com tal fundamento, embora elas não sofram realmente do defeito lógico que lhes é imputado.

Está-se, efectivamente, numa zona de declarações que, não pertencendo embora

(1) Todos sabem que o acórdão do colectivo não é uma peça *corrida, global, unitária* ou *discursiva* como a sentença final, os acórdãos dos tribunais superiores que põem termo aos recursos ou os próprios despachos que resolvem questões incidentais ou puramente acessórias, mas sim um *aglomerado* de respostas fragmentárias, isoladas, às interrogações formuladas no questionário.

Muitas das vezes o acórdão é uma série desarticulada de respostas secas, isoladas, às perguntas do questionário, segundo a ordem da numeração destas e traduzidas nas expressões sacramentais: *provado; não provado*.

Não deveria ser assim, porque junto a cada resposta afirmativa do acórdão deveria ser inserido o fundamento essencial da convicção dos julgadores. Mas o hábito inveterado da generalidade dos juízes é no sentido de reservar para o final do acórdão a justificação *global* das respostas afirmativas nele contidas.

De todo o modo, a circunstância de cada uma das respostas constituir um julgo autónomo, em princípio independente dos demais, faz com que a repetição do julgamento do colectivo prevista no artigo 712.º, n.º 2, do Código de Processo Civil só abranja, em princípio, as respostas que se mostrem viciadas.

ao puro domínio da investigação *factual*, nem ao reino da preceptologia *normativa*, está mais próxima do alicerce dos *factos*, porque lhes diz respeito, do que da *cimalha* das normas jurídicas.

(Continua)

ANTUNES VARELA

### Acórdão de 12 de Maio de 1992

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

A

1.º

Suzanne Louise Sachet recorre de revista do acórdão da Relação de Coimbra (p. 64) que negou provimento a apelação sua, e confirmou a sentença (p. 62 e v.) do tribunal do círculo da Covilhã, a qual julgou totalmente improcedente esta acção com processo ordinário simplificado, que a ora recorrente move a Nuno José Martinho Henriques, Maria Clara Peixoto Pina Henriques e José Luís Baptista Henriques, por aquele tribunal de círculo (p. 31 a 33 v.).

A Suzanne formulou estas conclusões, na sua alegação (p. 81):

- I — o testamento deixado por José Henriques foi manuscrito por ele, em língua francesa, no dia 23 de Janeiro de 1978, dispondo dos seus bens para depois da morte;
- II — esse testamento foi confiado pelo mesmo a um notário — Michel Savouré — e encontra-se depositado no seu cartório;
- III — e não contém rasuras ou entrelinhas, e os seis espaços em branco foram trancados por aquele notário;
- IV — e José Henriques é cidadão português;
- V — nos termos do art. 2223.º do Cód. Civil, esse testamento é válido, e produz efeitos em Portugal, pois

foi raspeitado o princípio da solenidade;

VI — pois forma solene só poderia significar o mesmo que forma escrita;

VII — pelo que só ficaria excluída (ver «concluída», a p. 46; e «excluída», a p. 44 e 81 v.) daquele normativo a eficácia do testamento puramente nuncupativo;

VIII — a preocupação do legislador, ao restringir no art. 65.º, II, C. Civil, o alcance do princípio do «favor testamenti», que inspira o seu n.º I, é de garantir uma autenticidade ao testamento;

IX — ora, no caso vertente, não há dúvidas sobre a autenticidade das disposições para depois da morte, feitas pelo José Henriques, no dia 23 de Janeiro de 1978, já que foi confiado a um notário, e depositado no seu cartório;

X — o acórdão da Relação violou os arts. 65.º, I, e 2223.º do Cód. Civil, pois;

XI — estando as palavras «feitura» e «aprovação», neste último preceito, separadas pela disjuntiva «ou», significa que o legislador se contenta com a observância de uma forma solene, quer seja na feitura, quer na aprovação do testamento;

XII — não se pode, por outro lado, socorrer-se, nestes casos, das disposições legais portuguesas, que regulam a feitura ou a aprovação dos testamentos, pois que a exigência principal do nosso legislador é que o testamento seja feito de harmonia com as leis do país em questão;

XIII — ora, dado que, pelo menos, na feitura foi sem dúvida observada uma forma solene, o testamento em causa produz efeitos em Portugal;

XIV — mas o depósito do testamento no notário, que o guardou, e «trancou» os espaços em branco, e que atesta como ele se identifica, como está redigido, quantas linhas escritas tem, como começa, como

acaba, que não tem rasuras ou entrelinhas, e que atesta também a identidade do testador, José Henriques, equivale à sua aprovação para os efeitos do dito art. 2223.º;

XV — e isto porquanto o legislador alude a uma forma solene, é não desta ou daquela forma solene de aprovação;

XVI — esta resulta, assim, do documento de p. 20.

Nestas bases, a recorrente pediu a procedência da revista, revogando-se o acórdão recorrido e julgando-se a acção procedente.

Os recorridos alegaram no sentido de se negar provimento ao recurso (p. 83 a 86 v.).

Já depois dos vistos aos E.º Adjuntos, foi solicitada ao E.º Adido Cultural junto da Embaixada de França, em Lisboa, o favor de nos enviar fotocópia dos preceitos legais franceses (sem tradução), relativos aos actos notariais de p. 19 a 21; o que foi amavelmente satisfeito, achando-se a fotocópia junta de p. 91 a 101.

Mantém-se a inexistência de questões que obstassem ao conhecimento do recurso.

B

2.º

O acórdão da Relação considerou provado que (p. 60 e v.):

I — no tribunal da comarca do Fundão, correm termos uns autos de inventário facultativo, por óbito de José Henriques, que foi morador no Fundão, e faleceu em 8 de Novembro de 1987;

II — nesse processo, estão habilitados como únicos herdeiros e interessados na partilha dos bens do José Henriques, a ora autora, como cônjuge sobrevivente, e os reus Nuno e José Luís, como seus filhos únicos;

III — nas suas declarações de cabeça de casal, prestadas nesse processo de inventário, a ora autora declarou

que o falecido José Henriques tinha deixado testamento da quota disponível a favor dela, testamento feito em França;

IV — e juntou ao processo de inventário um documento manuscrito pelo falecido José Henriques, escrito em língua francesa e datado de 23 de Janeiro de 1978, o qual se encontra fotocopiado a p. 9 do presente processo, bem como a sua tradução para o idioma português, certificada pelo notário do cartório notarial do Fundão;

V — juntou ainda um documento, que constitui uma carta dactilografada, oriunda de «Michel Savouré — Notaire», cujo teor foi dado como reproduzido e bem assim a tradução respectiva, com certificação do mesmo notário português, mencionado no fim do n.º IV anterior;

VI — o dito José Henriques tinha nascido na freguesia de Salgueiro, do concelho do Fundão, e estava registado como filho de Luís Henriques e Augusta Pinto;

VII — José Henriques era cidadão português, foi ele quem escreveu, datou, e assinou o documento fotocopiado a p. 9, cujo teor começa com a frase «ceci est mon testament».

3.º

«Diz-se testamento o acto unilateral e revogável, pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da sua morte, de todos os seus bens ou de parte deles» — estabelece o art. 2179.º, I, C. Civil, no seguimento literal do anteprojecto de Inocêncio Galvão Teles, art. 168.º, § 1.º (em «Boletim», 54, p. 84).

Foi precisamente isto que o José Henriques fez, na declaração por ele manuscrita, datada, e assinada, em Versalhes, no dia 23 de Janeiro de 1978, como se constata do documento fotocopiado a p. 9 e 21.

As sucessões por morte são reguladas pela lei pessoal dos respectivos sujeitos

(art. 25.º), a qual é a da nacionalidade que tenham (art. 31.º, I, C. Civil).

Portanto, sendo o testador José Henriques cidadão português, a lei a atender para regular a sua sucessão por morte é, em primeira linha, a portuguesa.

Esta não é, porém, uma regra rígida, pois o legislador português deu certa consagração à doutrina do reconhecimento internacional das situações jurídicas criadas no estrangeiro; «... mas isto só no caso de entre a situação considerada e as leis ao abrigo da qual (essa situação) se constituiu existir uma conexão que, olhadas as coisas da perspectiva do DIP (Direito Internacional Privado) local, possa reputar-se suficientemente estreita para fundamentar a aplicabilidade desse sistema ...», em alternativa; como resulta do art. 31.º, II, do Código Civil — Ferrer Correia, em «Revista de Legislação», 116, p. 163, e «Direito Internacional Privado. Alguns Problemas ...», ed. de 1981, p. 254 e segs.

Esse art. 31.º, II, indica claramente qual é tal conexão, que deve existir entre o negócio jurídico praticado por cidadão português em País estrangeiro, e a lei que neste vigore, e ao abrigo da qual o negócio jurídico surgiu: esse cidadão português deve ter residência habitual no País estrangeiro em referência (obra ultimamente referida, p. 254-255-257-258).

Sendo negócio jurídico o acto pelo qual os particulares auto-regulam os seus próprios interesses (Dias Marques, «Noções Elementares», 5.ª ed., p. 49), o testamento é indubitavelmente um negócio jurídico, e de carácter unilateral (Mota Pinto, «Teoria Geral», I ed., p. 243-265; II ed., p. 353-386; Manuel de Andrade, «Teoria Geral da Relação Jurídica», ed. 1960, II, p. 38).

A lei francesa (art. 969.º do Cód. Civil) prevê expressamente que o testamento possa ser ológrafo, ou seja, todo escrito pela mão do testador (do grego «holos» + «graphein» — Cândido de Figueiredo, «Novo Dicionário da Língua Portuguesa», 4.ª ed., p. 290, do volume II); e exige, então, para a sua validade, que ele seja totalmente escrito, datado, e assinado

pela mão do testador, sem sujeição a qualquer outra forma (art. 970.º do apontado diploma; e p. 91).

Temos, portanto, que estes arts. 969.º e 970.º foram inequivocamente respeitados, como sucede com o seguinte art. 1007.º, onde se exige que o testamento ológrafo seja depositado nas mãos de um notário, antes de ser executado: o que se verifica ter aqui ocorrido, da carta do E.º notário de Versalhes Michel Savouré, fotocopiada a p. 7, e referida pela Relação.

Foi também acatado o requisito do art. 2223.º do Cód. Civil Português, de «forma solene» na feitura do testamento, já que esta expressão deve significar o mesmo que forma escrita, ficando apenas excluída a eficácia do testamento puramente nuncupativo, ou seja oral (do latim «nuncupatur» — Cândido de Figueiredo, obra citada, II, p. 269).

Temos, assim, um testamento feito por cidadão português em França, com observância da lei civil francesa, e numa forma solene; o que é a previsão do art. 2223.º do Cód. Civil Português.

É certo que este preceito menciona «uma forma solene na sua feitura ou aprovação» (nosso o sublinhado).

Mas o «ou» surge claramente como conjunção disjuntiva, no sentido de que basta a forma solene na feitura, ou então na aprovação do testamento, não sendo exigível esse requisito de «forma» nas duas fases.

Aliás, não faria sentido que o art. 2223.º exigisse aprovação do testamento por notário ou outro funcionário estrangeiro, se à partida a respectiva lei local se tem como observada.

Essa aprovação é a que parte do funcionário consular português respectivo, em casos como o do art. 255.º do Regulamento Consular Português (Decreto n.º 6462, de 7 de Março de 1920): testamento cerrado de cidadão português, lavrado no estrangeiro, fora dos serviços consulares nacionais.

Sucedem até que os funcionários consulares portugueses nenhuma ingerência podem ter nos testamentos ológrafos, feitos por cidadãos portugueses, em países

onde a lei os admitte como autênticos; e os reconhecimentos que façam da letra ou da assinatura respectivas não importam, por forma alguma, a aprovação do testamento, como dispõe o art. 265.º do mesmo Regulamento. Limitações resultantes de a ordem jurídica portuguesa, em obediência ao princípio da solenidade, ter banido o testamento ológrafo, escrito e porventura datado e assinado pelo testador, sem observância de qualquer outra formalidade — Oliveira Ascensão, «Direito Civil — Sucessões», ed. 1981, p. 75.

Temos, portanto, que o art. 2223.º do Cód. Civil Português não impõe a aprovação do testamento ológrafo, como o do José Henriques, quer ao notário francês, junto do qual se procedeu ao seu depósito, quer ao funcionário consular português da área, expressamente afastado desse acto.

#### 4.º

As Instâncias entenderam (pp. 32 v. a 33 v. e 61 v. a 62 v.) estarmos perante um testamento cerrado no qual falta uma forma solene de aprovação, cuja exigência a Relação fez assentar tanto no art. 2206.º, IV, como no art. 2223.º do Cód. Civil; o que acarretaria a nulidade do testamento (art. 2206.º, V).

Ora, aqui há vários reparos a fazer.

Se a ordem jurídica portuguesa reconhece eficácia e relevância em Portugal a testamento feito por cidadão português em país estrangeiro, com observância da lei estrangeira, observados que sejam certos requisitos de forma (art. 2223.º, C. Civ.), temos necessariamente que o enquadramento legal do testamento em referência deve ser dado por essa lei estrangeira, tida como observada, ou seja aqui a francesa, e não pela lei portuguesa.

Ora, à face da lei francesa, o testamento é ológrafo (como vimos), contraído ao testamento místico (art. 969.º, C. Civ. Francês; p. 91), expressão esta última também usada para referir o testamento cerrado (Melo Franco — Herlander Martins, «Conceitos e Princípios Jurídicos», 1983, p. 683).

É errada, portanto, a orientação das Instâncias ao qualificarem o testamento em referência como cerrado, e ao exigirem a verificação de todo o condicionalismo posto pelo art. 2206.º do Cód. Civil Português para um testamento deste tipo, lavrado em Portugal, nomeadamente a sua aprovação por notário, sob a cominação de nulidade (p. 62 e v.).

Aliás, qual notário? — o francês, certamente que não, pois a aprovação seria um acto redundante, pois parte-se da base de que o testamento foi feito de harmonia com a lei francesa (art. 2223.º); e o português também não, porquanto a letra e o espírito dos arts. 2206.º, IV, C. Civil e 116.º-119.º do Cód. Notariado não abarcam essa hipótese.

A orientação, que defendemos, de enquadrar o testamento do José Henriques na lei francesa como testamento ológrafo e não na portuguesa como testamento cerrado, permite-nos afastar o apoio que as Instâncias (págs. 33 e 61) encontraram no art. 65.º, II, C. Civil, pois «a observância de determinada forma» — respeita só ao momento da declaração das disposições por morte, e então bastaria a observância da forma escrita na feitura do testamento (art. 2223.º, C. Civ.); além de que forma de um negócio jurídico é determinada figuração anterior, prescrita pela lei para a respectiva declaração ou manifestação de vontade (Manuel de Andrade, obra citada, II, p. 48); pelo que nunca abrangeria a aprovação do testamento, feita por notário, verificada a regularidade formal do documento (Oliveira Ascensão, obra citada, ed. 1989, p. 83). Ou seja, o instrumento de aprovação é algo que está para além da forma do testamento, pois representa o resultado de uma apreciação positiva dessa forma.

Daqui resulta não serem atendíveis os reparos das Instâncias, filiados nos arts. 65.º, II; 2206.º, IV e V; e 2223.º do Cód. Civil.

#### 5.º

Outro, porém, vem, e muito forte, do já adiantado sob o n.º 3.º: não se verifica

a conexão entre o testamento do José Henriques e a lei francesa, que o regeu, exigida pelo art. 31.º, II, do Cód. Civil, e consistente na residência habitual do testador em França, quando da feitura desse negócio jurídico unilateral.

Com efeito, em passagem alguma do articulado das partes, o José Henriques é apresentado como residindo habitualmente em França, então; até pelo contrário, ele é indicado como morador no Fundão (p. 24, art. 1.º), o que a Relação fixou (p. 60, n.º 1.º) — arts. 722.º, II, e 729.º, I, C. Proc. Civil.

Não basta, em sentido contrário, a circunstância de esse cidadão português afirmar que morou em Versalhes, no seu testamento (p. 9 e 21); pois não só a afirmação pode não ser exacta, como também dela não resulta que a eventual residência em Versalhes do José Henriques pudesse ser qualificada como habitual, tal como o art. 31.º, II, exige.

É possível que os litigantes hajam ficado aquém daquilo que podiam ter alegado a este respeito, mas os tribunais só podem servir-se (fora excepções aqui sem interesse) dos factos articulados pelas partes, como resulta dos arts. 664.º-726.º e 713.º, II, C. Proc. Civil; e na nossa ordem jurídica vigora o princípio da auto-responsabilidade das partes, segundo o qual elas conduzem (em grande medida) o processo, a seu próprio risco, suportando as consequências das respectivas omissões.

O José Henriques podia ter celebrado o seu testamento em França de conformidade com a lei portuguesa, perante o cônsul ou o vice-cônsul português respectivo (arts. 251.º-253.º-255.º do apontado Regulamento Consular); e o negócio jurídico produziria plenos efeitos no nosso País.

Também teria podido celebrá-lo em França, junto do notário francês, com observância da lei francesa, e por forma escrita; mas, então, o testamento só seria reconhecido em Portugal, e aqui produziria efeitos como tal, se o José Henriques residisse habitualmente em França quando da sua feitura — arts. 2223.º e 31.º, II, do Cód. Civil, encarados conjugada-

mente, como se impõe, já que esse diploma é um todo harmónico, e não dividido em compartimentos estanques, com preceitos impermeáveis entre si.

O que não podia era relevantemente, residindo no Fundão, ir a Versalhes testar segundo a lei francesa, e perante um notário francês; pois que, com tal atitude, violou o âmbito da sua lei pessoal, a portuguesa, que é a reguladora da sua sucessão por morte, sem que se verificasse a especial conexão exigida pelo art. 31.º, II, Cód. Civil, para se transigir perante a lei estrangeira.

Do que resulta que o testamento em referência não pode ser reconhecido em Portugal, e a acção tem de improceder, tal como as Instâncias entenderam, se bem que por razões diversas, ficando desatendida a pretensão da Suzanne Louise Sachtel.

C

6.º

Razões por que negamos revista, com custas pela recorrente Suzanne.

Lisboa, 12 de Maio de 1992. — Bessá Pereira — Vassanta Tambá — Martins da Fonseca.

#### ANOTAÇÃO

1. Dos problemas considerados pelo presente acórdão, o mais difícil de resolver era o da interpretação do artigo 2223.º do Código Civil. Ainda não se encontrou uma solução inequívoca para a questão de saber quais são as exigências formais que a lei impõe aos cidadãos portugueses que queiram fazer testamento no estrangeiro, de acordo com a lei local.

O artigo 1961.º do Código de Seabra aceitava que os testamentos feitos no âmbito de uma lei estrangeira tivessem validade no reino português se tivessem sido formulados autenticamente. Esta expressão foi discutida, entre outros, por José

TAVARES (1), J. ALBERTO DOS REIS (2), CUNHA GONÇALVES (3) e FERRER CORREIA (4), sem que houvesse entendimento pacífico. Era sobretudo difícil saber se os requisitos que caracterizavam a observância de uma forma autêntica deviam ser definidos pela lei do lugar da celebração do acto ou pela lei portuguesa.

O Código de 1966 ocupou-se do problema nos artigos 65.º e 2223.º, mas sem ter logrado terminar toda a discussão. O artigo 2223.º condiciona a eficácia do testamento feito por um português no estrangeiro, e de acordo com a lei estrangeira, à circunstância de ter sido observada uma forma solene na sua feitura ou aprovação.

O que é uma forma solene? Como é que se cumpre uma forma solene na feitura do testamento ou na sua aprovação?

Tentando esclarecer o sentido do preceito, BAPTISTA MACHADO afirmou: — «Não é líquido o conceito de forma solene, mas parece que deve significar o mesmo que forma escrita; pelo que só ficaria excluída, portanto, a eficácia do testamento puramente nuncupativo (5). Foi atribuída uma opinião semelhante, embora acompanhada das maiores dúvidas, a ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO (6)

2. Os termos da discussão no direito anterior e as dúvidas que ainda se manifestam autorizam-me a supor que a solução pode ser diversa. Talvez não baste reduzir o testamento a escrito, para que se respeite a exigência do artigo 2223.º

O nosso direito afastou-se do regime espanhol, francês e italiano, no ponto em que

(1) *Sucessões e Direito Sucessório*, vol. 1, 2.ª ed., Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, s. d., pp. 629 e segs.

(2) *Das Sucessões no Direito Internacional Privado*, Coimbra, França Amado, 1889, pp. 228 e segs.

(3) *Tratado de Direito Civil*, vol. x, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, pp. 340 e segs.

(4) *Lições de Direito Internacional Privado*, policop., Coimbra, 1963, pp. 788-800.

(5) *Lições de Direito Internacional Privado*, policop., Coimbra, 1971/2, p. 632.

(6) *Sistema português de normas de conflitos*. Apontamentos coligidos por um grupo de alunos, sem revisão da Professora. Lisboa, A.A.F.D., 1968, p. 95.

se excluiu o testamento ológrafo, que é simplesmente escrito e assinado pelo testador; esta particularidade mostra um empenho excepcional do nosso direito na garantia de que o testamento se elabore de um modo mais controlado pelo notário, seguindo um formalismo mais exigente, com as garantias que daí resultam. Também pode ser verdade que, ao aceitar a aplicação de uma lei estrangeira, podia ser razoável diminuir a exigência que se aplica internamente, aceitando um formalismo menos pesado, como a simples forma escrita. Mas, tendo esta intenção, seria natural dizer-se claramente que se impunha uma forma escrita; porque se insistiu na exigência obscura de uma forma solene?

Por outro lado, ao dizer-se que a forma solene equivale a forma escrita acaba por nem se garantir que o testamento seja reduzido a escrito; de facto, como a regra do artigo 2223.º fica igualmente respeitada com o uso de forma solene ou na feitura ou na aprovação, teria de admitir-se que a vontade fosse expressa oralmente perante uma entidade (pública?) que fizesse uma aprovação relatada num simples escrito — mas não creio que está aplicação da doutrina que referi fosse aceite pelos seus defensores.

Por fim, não terá valor a substituição da fórmula de Seabra (formulados autenticamente) pela expressão actual que menciona separadamente a feitura e a aprovação? Não significará esta mudança que o legislador quis manter, embora com adaptações resultantes da aplicação da lei estrangeira, a exigência do respeito de uma das nossas formas comuns de testar?

Inclino-me para pensar que o legislador ditou o artigo 2223.º não apenas para evitar a eficácia de algum raro testamento oral, mas sim para impor sistematicamente a exigência portuguesa da utilização de forma escrita com a intervenção de um notário ou oficial equivalente. O que teria o resultado de limitar a eficácia dos testamentos aqueles que tivessem sido feitos por um oficial público ou aprovados por ele.

Certamente que esta feitura ou esta aprovação seguiriam os trâmites concretos definidos pela lei estrangeira aplicável — a lei

do lugar. Mas sempre poderia reconhecer-se, no testamento cuja eficácia se reconhecia, o cumprimento dos requisitos básicos cuja observância se pode esperar num testamento público ou num testamento cerrado.

Pode retorquir-se que esta maneira de entender o artigo 2223.º vai inutilizar, por exemplo, testamentos ológrafos feitos em países vizinhos, onde os cidadãos portugueses se encontram radicados, sendo certo que a ineficácia dos testamentos pode ser compreensivelmente ignorada pelo testador; e assim se vai beneficiar os sucessores legítimos contra uma expressão da vontade que pode, em cada caso, não oferecer qualquer dúvida. Em contrário, poderá dizer-se que esta exigência não é maior do que a que se faz, tradicionalmente, aos nacionais residentes em Portugal.

3. O acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, da Relação de Coimbra (7), e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Maio de 1992, tiveram de optar entre as duas orientações conhecidas sobre o sentido da necessidade de observar uma forma solene. Se tivessem seguido a opinião mais exigente, o caso teria tido a solução fácil de não se reconhecer eficácia ao testamento, por não estar satisfeita a regra especial do artigo 2223.º Mas os tribunais superiores seguiram a orientação mais recente e porventura mais acertada; discordaram do tribunal de primeira instância quando este, perante um testamento feito num escrito particular, elaborado em França, disse que não fora observada qualquer forma solene na sua feitura. Por outras palavras, os tribunais superiores aceitaram que, para cumprir o artigo 2223.º, bastava que tivesse sido utilizada a simples forma escrita.

Suponho, então, que o passo seguinte devia ter sido este: ao aceitar que tinha sido usada uma forma solene, nada havia a opor à eficácia de um testamento feito de acordo com a lei do lugar onde o acto foi celebrado, como permite o artigo 65.º, n.º 1, do Código Civil.

(7) *Colecção de Jurisprudência*, ano de 1991, tomo 1, pp. 86/8.

Mas não foi este o caminho que os tribunais superiores seguiram.

4. A Relação de Coimbra, depois de ter aceite que tinha sido observada uma «forma solene», perfilhou o entendimento da primeira instância de que se estava perante um testamento cerrado. Dito isto, é claro que se tornava necessário encontrar o acto de aprovação sem o que um testamento cerrado não tem valor. Assim, em vez de aplicar o direito francês aplicou o direito português, pesquisando o cumprimento das exigências estabelecidas no nosso Código Civil e no Código do Notariado para a validade dos testamentos cerrados. E como não se desdortinava qualquer acto de aprovação (na verdade ele não tinha sentido para um testamento ológrafo) rejeitou a eficácia do testamento, confirmando a sentença recorrida.

5. O Supremo Tribunal acompanhou a decisão da segunda instância quanto ao aspecto mais importante: entendeu que a exigência de cumprimento de uma forma solene, imposta pelo artigo 2223.º, fica satisfeita com a simples utilização de uma forma escrita. O testamento em causa, então, não podia ser rejeitado, liminarmente, por falta de forma.

A divergência do Supremo Tribunal relativamente à Relação de Coimbra esteve no ponto em que negou o carácter de testamento cerrado ao acto de JOSÉ HENRIQUES e negou a necessidade de um acto de aprovação. O Supremo entendeu que reconhecer a natureza de testamento cerrado e procurar um acto de aprovação se traduziria na aplicação do direito português, quando a validade do testamento em causa devia ser apreciada pela lei francesa. Ora, a lei francesa reconhece os chamados testamentos ológrafos, simplesmente escritos e assinados pelo testador.

Dito isto, seria de esperar que o Supremo Tribunal revogasse a decisão anterior e reconhecesse a eficácia do testamento em causa.

Mas o Supremo fundou a aplicabilidade da lei francesa no artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil. Ao fazê-lo, tinha de encontrar

nos autos a prova de que o testador mantivera em França residência habitual; o que não acontecia neste processo. Deste modo, não se verificava a conexão relevante que permitia afastar a aplicação da lei pessoal; a lei portuguesa, afinal, era a lei aplicável e o testamento ológrafo não podia ser reconhecido.

Creio, todavia, que a norma invocada não tinha aplicação. O artigo 31.º, n.º 2, estabelece uma conexão relevante suplementar, para garantir a validade dos negócios jurídicos; é um recurso mais que o nosso direito estabelece para salvar da invalidade um negócio jurídico que não possa subsistir de outro modo. No caso presente, contudo — e em face da doutrina seguida pelos tribunais superiores acerca do sentido da exigência de «forma solene» — o testamento ológrafo feito por JOSÉ HENRIQUES, em França, não precisava de qualquer reconhecimento.

A aplicação da lei francesa devia fundar-se na pura e simples regra de conflitos portuguesa que trata da validade formal dos testamentos feitos no estrangeiro — o artigo 65.º, n.º 1. Nos termos desta norma, o testamento é válido e eficaz se tiver sido feito segundo a lei do lugar da celebração (no caso, a lei francesa) sendo irrelevante que esse lugar não passe de uma residência ocasional do testador.

Um tribunal que está perante um testamento ológrafo e que não vê qualquer obstáculo resultante dos artigos 65.º, n.º 1, e 2223.º — como foi o caso do Supremo Tribunal — só pode aplicar tranquilamente o direito do lugar da celebração do acto e aceitar a eficácia do testamento em Portugal.

GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA

Acórdão de 29 de Setembro de 1992

(Continuado do n.º 3822, pág. 238)

8. *Apreciação do acórdão proferido pelo tribunal de revista.* — O Supremo, muito embora tenha negado a revista pedida pelos embargados, afastou a fundamentação do