

DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Zeno Veloso

Professor de Direito Civil e de Direito Constitucional Aplicado.
“Notório Saber” reconhecido pela Universidade Federal do Pará.
Doutor Honoris Causa da Universidade da Amazônia.
Escritor. Diretor do IBDFAM.
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Permitam-me saudá-los de maneira bem simples, afetiva, afirmando: meus queridos IBDermanos, que todos integramos este Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), organismo pujante, vitorioso, que tantos e tão relevantes serviços tem prestado e, se Deus quiser, vai continuar prestando à cultura jurídica de nosso país. Vejo uma plateia numerosíssima, e vislumbro dezenas de mestres renomados e consagrados do Direito Civil, e é visível a minha emoção, minha apreensão, falando para gente tão douta e qualificada, entretanto, são amigos, e amigos tão queridos que haverão de relevar minhas limitações.

Vou abordar o tema “Das disposições testamentárias”, que se acha regulado nos arts. 1.897 a 1.911 do Código Civil. Já falei deste importante assunto em vários livros e escritos, antigos e mais novos, como no Código Civil Comentado,¹ obra coletiva, que teve como primeiro coordenador o saudoso deputado Ricardo Fiuza, no Manual de Direito das Famílias e das Sucessões,² obra coletiva, coordenada pelos professores Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, e no Comentários ao Código Civil,³ coordenador Antônio Junqueira de Azevedo.

Obviamente, a exposição que farei, aqui e agora, neste memorável X Congresso Nacional do IBDFAM, na cidade de Belo Horizonte, onde o instituto nasceu, segue o roteiro e, de modo geral, o que já disse antes nos mencionados livros.

¹FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Código Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey : Mandamentos, 2008.

³VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

O capítulo denominado “Das disposições testamentárias” de nosso Código Civil inaugura-se com o art. 1.897 que dispõe: “A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo”.

O testamento é negócio jurídico típico, que contém as últimas vontades do autor da sucessão. As disposições testamentárias fazem parte de um todo – o ato testamentário –, e se há vários testamentos, que não se repelem, dos vários testamentos compostíveis. Todavia, embora participando de um conjunto, cada disposição testamentária, em princípio, vale por si, é bastante por si mesma, deve ser recebida e cumprida como negócio jurídico independente, dentro, é claro, da visão global da manifestação *mortis causa*.

Nosso Código Civil tratou, antes, das formas dos testamentos, com as respectivas formalidades e solenidades, assunto que se enquadra na forma extrínseca, no conteúdo externo dos atos de disposição de última vontade. Este capítulo inaugura a disciplina do objeto, do conteúdo interno ou intrínseco dos testamentos, que, na maioria dos casos, é representado pela instituição de herdeiros, nomeação de legatários, distribuição dos bens do testador, embora o testamento possa conter disposições não patrimoniais (cf. art. 1.857, §2º, do Código Civil).

Este artigo, iniciando o regramento (até excessivo) que faz o legislador a respeito das disposições testamentárias, afirma que a nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se, pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

Note-se bem: não é o testamento, como negócio jurídico, ou o ato testamentário, como um todo, que pode ser submetido a condições, a alguma causa ou a certo motivo. O testamento, no seu conjunto, não é vinculável a condições ou motivos de testar, e se aparecerem alguns, não têm efeito jurídico.

Se, por exemplo, o testador enuncia que o seu testamento é outorgado porque vai submeter-se a delicada cirurgia, e que será cumprido se morrer da operação; ou se expõe que seu testamento é feito porque está muito apreensivo, prevendo que vai ocorrer, brevemente, um ato terrorista em sua cidade; ou se afirma que seu testamento só terá efeito se ele morrer no mesmo ano em que testou, nada disso terá valor algum. O testamento válido terá eficácia, ainda que o testador sobreviva à operação e morra por outra razão, mesmo que não ocorra qualquer ato terrorista na sua cidade, e, igualmente, se falecer muito depois do ano em que fez o testamento.

Já as disposições testamentárias são suscetíveis de condições, causas, modos.

O presente dispositivo inicia mencionando a nomeação de herdeiro, ou legatário. E convém distinguir.

As disposições patrimoniais do testador podem ordenar que o sucessor receba a universalidade da herança ou quota-parte (ideal, abstrata) dela, ou estabelecer que o sucessor ficará com um bem individualizado, definido, destacado do acervo, ou quantia determinada.

No primeiro caso, a disposição é a título universal, e o nomeado é herdeiro; no segundo caso, a disposição é a título singular ou particular, e o beneficiado é legatário. Os sucessores, então, são herdeiros ou legatários.⁴

Ainda em nosso tempo, pode ser aproveitada a antiquíssima definição de Modestino: *legatum est donatio testamenti relicta* = legado é a doação deixada em testamento.⁵

A qualidade de herdeiro pode decorrer da lei e do testamento; só o testamento faz legatário. O legado, assim, é figura exclusiva da sucessão testamentária.

O legado se distingue da herança, como vimos, pelo *objeto* da vocação sucessória. O legatário tem de ser explicitamente indicado pelo testador. Contudo, não é a qualificação dada pelo disponente que decide. Se o testador diz que certa pessoa é “herdeira” de determinado imóvel, e que outra é “legatária” de um terço da herança, na verdade, apesar da denominação equivocada, temos, no primeiro caso, a instituição de legatário, e, no segundo, a nomeação de herdeiro.

Para que o legatário possa assumir essa qualidade e exercer o respectivo direito, é necessário que *aceite* o legado. E a aceitação tem de ser total. Contudo, se o herdeiro for também legatário, pode aceitar o legado renunciando a herança, ou aceitar a herança e repudiar o legado (art. 1.808, § 1º).

Se o testador destinou a alguém coisa ou coisas determinadas, individualizadas, destacadas, trata-se de legado, independentemente do valor da deixa. Pode ocorrer de o legatário receber mais do que o herdeiro.

A nomeação do herdeiro, ou legatário, pode ser pura e simples, bem como sob condição (suspensiva ou dilatatória e resolutiva ou extintiva), para certo fim ou modo, ou por certo motivo, diz este art. 1.897. Os elementos acidentais do negócio jurídico, regulados na Parte Geral

⁴Cf. art. 2.030 do Código Civil português; art. 588 do Código Civil italiano.

⁵Digesto, 30, II, fr. 36.

do Código Civil – arts. 121 a 137 – foram abordados em meu livro *Condição, Termo e Encargo*.⁶

A nomeação pura e simples é a que não impõe qualquer ônus, encargo ou obrigação ao herdeiro ou legatário, tornando-se eficaz desde a morte do testador. Havendo pureza e simplicidade, a disposição testamentária opera sem mais nada, com a abertura da sucessão.

Para a nomeação condicional, devem ser observados os arts. 121 a 130, que regulam a condição, ou seja, a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Esses preceitos são aplicáveis às disposições testamentárias, especialmente quanto à liceidade e possibilidade das condições.

Intervém aqui, igualmente, o que estatui o art. 121: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. A *contrario sensu*, se um evento é componente da figura jurídica, é efeito necessário de determinado negócio, se decorre dele, inevitavelmente, ainda que as partes o prevejam e o mencionem no contexto negocial, tratar-se-á de uma abundância, de uma disposição ociosa e desnecessária, pois o referido efeito é inexorável. Não estaremos diante de uma condição, no sentido técnico-jurídico do instituto, mas daquilo que os romanos chamavam *conditio juris*. Em sede de disposições testamentárias, se o disponente prevê: “este ato terá efeito quando eu morrer”; “deixo minha casa a José, se ele tiver legitimação para suceder”; “Francisca será minha herdeira, se aceitar a herança”; “Antônio só herdará se me sobreviver”, nada disso é condição, pois nada disso deriva, exclusivamente, da vontade do testador, são enunciados que expressam requisitos de eficácia impostos pela própria lei. São *conditiones juris*. A disposição, nos casos exemplificados, é pura e simples.

O art. 123, I a III, enuncia que invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas, as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita, e as condições incompreensíveis e contraditórias. Como o art. 116 do Código Civil de 1916, adota este um regime uniforme para os negócios jurídicos, sejam *inter vivos*, sejam de última vontade.

Os Códigos Civis da Espanha (art. 792), da Itália (art. 634) e de Portugal (art. 2.230) resolvem que as condições impossíveis ou ilícitas, nas disposições testamentárias, consideram-se não escritas, não apostas, ou seja, a condição é desprezada e vale a disposição testamentária, ao passo que nos negócios *inter vivos* estabelecem a invalidade destes

⁶ VELOSO, Zenó. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

quando subordinados a tais condições. Seguem, pois, o regime dualista, adotando a solução sabiniana.

Embora não exista em nossa legislação texto expresso sufragando a distinção, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira acolhem a antiga distinção romana – seguida, igualmente, por Savigny –, e lecionam que a impossibilidade e a ilicitude da condição não contaminam o ato *mortis causa*, como sucede nos negócios *inter vivos*, tendendo-se, ao contrário, como não escrita, valendo a disposição testamentária como pura e simples.

Estando vinculada a disposição testamentária à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ela visa (art. 125). A liberalidade só ganha eficácia, e será executada, se ocorrer o evento futuro e incerto mencionado pelo testador. Com o implemento da condição, o direito que o favorecido adquire retroage à data da abertura da sucessão.

Se a condição é resolutiva, o beneficiado adquire o direito desde a data da abertura da sucessão, mas, verificada a condição, para todos os efeitos o direito se extingue (arts. 128, primeira parte, e 1.359 do Código Civil).

Nesse passo, o Direito brasileiro abandona as fontes romanas, admitindo, francamente, tanto na instituição de herdeiro como de legatário, a aposição de condição resolutiva.

Sobrevindo a condição resolutiva, diz o art. 128, primeira parte, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe. A condição resolutiva, então, opera *ex tunc*. Edita, por sinal, o art. 1.359 que, resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entende-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. Esse preceito se estende ao direito sucessório.

Todavia, a retroação dos efeitos da condição não pode ser absoluta, pois isso causaria injustiças notáveis. A equidade e o respeito à boa-fé têm de ser, aqui, especialmente considerados. O sucessor, que teve o seu direito fulminado pelo advento da condição, não precisa restituir os frutos e rendimentos que percebeu desde a morte do testador até a data em que foi verificada a condição resolutiva.

No que se refere à condição suspensiva há uma diferença importante, conforme esteja aposta a negócio *inter vivos* ou a disposição testamentária: se o negócio é *inter vivos* (uma doação, por exemplo), e o adquirente falece antes do implemento da condição, transmite ao seu herdeiro o negócio condicional; na sucessão *mortis causa*, se o

instituído (herdeiro ou legatário) morrer antes do implemento da condição, a instituição caduca, extingue-se, não terá efeito, e o herdeiro ou legatário condicional não transmite a sua qualidade aos próprios herdeiros.⁷

Contudo, além de subordinar a disposição a uma condição, o testador pode especificar que a nomeação do herdeiro ou do legatário é feita para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

Por certo motivo é a disposição em que o *de cujus* explica a razão da liberalidade, identifica o que impulsionou a sua vontade, o que originou, influenciou ou estimulou a sua deliberação, como, por exemplo, se o testador afirma que nomeou o herdeiro por ser este um cientista notável, ou porque o socorreu em momento de dificuldade.

No caso de o testador incorrer em erro, não sendo verdadeiro o motivo apontado, a disposição é ineficaz se se depreender do testamento que sem a causa, a razão apresentada, o benefício *mortis causa* não teria sido feito. Quando o motivo é determinante da declaração de vontade, o erro quanto ao motivo anula a atribuição testamentária (art. 1.909, *caput*, de nosso Código Civil, matéria também tratada no art. 2.202 do Código Civil português e no art. 624, al. 2, do Código Civil italiano).

Para certo fim ou modo é a disposição submetida a encargo, ou seja, ao beneficiado é imposta uma obrigação. O encargo tem de ser lícito e possível. Na condição, a liberalidade tem o efeito subordinado a evento futuro e incerto; o encargo é ônus, uma restrição à liberalidade, não é um correspectivo da atribuição feita no testamento, mas moderação, limitação dela, e, no geral dos casos, não suspende a eficácia da disposição (art. 136). Conforme a lição repetidíssima do venerando Savigny, a condição (suspensiva) suspende e não obriga e o encargo ou modo obriga e não suspende.⁸ O art. 136 de nosso Código Civil em vigor corresponde ao art. 128 do Código Civil de 1916, e a fonte de ambos é o art. 655 do Esboço, de Teixeira de Freitas.

O modo, assim, não suspende a aquisição nem o exercício do direito do herdeiro ou legatário. A inexecução do encargo não tem a consequência de, ipso jure, tornar ineficaz a disposição. Os herdeiros do testador, ou quem apresente legítimo interesse, podem requerer em juízo a ineficácia da liberalidade, e a sentença opera ex nunc, e assim

⁷ Cf. art. 1.809, especialmente a segunda parte do mesmo.

⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del Derecho Romano Actual. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Pamplona: Analecta, 2004, t. II, p. 284.

lecionam Pontes de Miranda,⁹ Carlos Maximiliano,¹⁰ Orosimbo Nonato,¹¹ Silvio Rodrigues,¹² obra que a pedido do Autor tive a honra de atualizar. Registre-se, no entanto, a opinião contrária de Orlando Gomes¹³ e de Caio Mário da Silva Pereira,¹⁴ no sentido de que o inadimplemento da disposição testamentária modal não acarreta a resolução do direito do herdeiro, ou legatário, não podendo nenhum interessado pedir a caducidade da mesma, a não ser que essa caducidade esteja prevista na própria disposição testamentária. O tema, como se vê, é controverso. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, jovens e vitoriosos juristas brasileiros, amigos queridíssimos e que aqui estão presentes, no livro Direito Civil, v. 6, Direito das Sucessões, que tive o prazer de prefaciar,¹⁵ discordam da opinião doutrinária majoritária e acham que a inexecução do encargo não permite a revogação da disposição testamentária, pois não há previsão expressa com relação à herança e por ser norma restritiva de direito não comporta interpretação analógica.

Penso que o encargo não é mero conselho, simples recomendação (*nuda praecepta*), mas, ao contrário, funciona a vontade do testador de forma imperativa, é uma ordem, como *lex privata*, nas palavras do egrégio Pontes de Miranda, que não canso de citar, de homenagear, de enaltecer. Não cumprido o encargo, desrespeitada e prescrição do falecido, não seria justo que “ficasse por isso mesmo”. Acompanho a doutrina que admite a revogação judicial da liberalidade pelo inadimplemento do *modus*, embora com efeitos *ex nunc* (prospectivos e não retroativos – *ex tunc*), salvo se outra coisa foi determinada pelo testador, como, por exemplo, se estabeleceu o encargo e dispensou sanção pelo descumprimento.

O Código Civil alemão, art. 2.194, afirma que a execução de um encargo pode ser exigida pelo herdeiro, pelo co-herdeiro, ou por aquele a quem aproveitaria, de forma imediata, o afastamento do gravado em primeiro lugar com o encargo. Se a execução do encargo estiver ligada a um interesse público, também pode exigir essa execução a autoridade competente. Adotam a mesma solução o Código Civil italiano, art.

9 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012, t. LVI, § 5.708, p. 275.

10 MAXIMILLIANO, Carlos. Direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. II, n. 843, p. 274.

11 NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, n. 597, p. 287.

12 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 26. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, n. 113, p. 215.

13 GOMES, Orlando. 16. ed. Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2015, n.124, p.146.

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, n. 465, 1991, p. 176.

15 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. 6 – Direito das Sucessões (Prefácio Zeno Veloso), p. 354.

648, al. 1, e o Código Civil português, art. 2.247, que diz: “No caso de o herdeiro ou legatário não satisfazer os encargos, a qualquer interessado é lícito exigir o seu cumprimento”.¹⁶

Não obstante, se não for possível alcançar a execução, e ocorrer o inadimplemento do encargo, admitem a revogação ou resolução da respectiva disposição testamentária o Código Civil francês, art. 1.046, o alemão, art. 2.196, o italiano, art. 648, II. O Código Civil português, art. 2.248, 1, enuncia:

Art. 2.248, 1. Qualquer interessado pode também pedir a resolução da disposição testamentária pelo não cumprimento do encargo, se o testador assim houver determinado, ou se for lícito concluir do testamento que a disposição não teria sido mantida sem o cumprimento do encargo.¹⁷

Não é válido o encargo que for aposto às legítimas dos herdeiros necessários, que são intangíveis (arts. 1.846 e 1.857, § 1º).

Em seguida, nosso Código prevê: “Art. 1.898. A designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita”.

Termo é o prazo, o espaço de tempo a que se subordina a eficácia do negócio jurídico. O termo pode ser inicial ou suspensivo e final ou resolutivo, aplicando-se, respectivamente, no que couber, as disposições relativas às condições suspensivas e resolutivas (arts. 131 e 135).

A não ser que se trate de substituição fideicomissária (arts. 1.951 e ss.), a nomeação de herdeiro não pode estar vinculada a termo. Não se pode nomear herdeiro *ex die*, isto é, a partir de certo tempo, nem *ad diem*, ou seja, até certo tempo. Já entre os romanos, o herdeiro não podia ser nomeado *ex certo tempore* ou *ad certum tempus*, vigorando o brocardo *semel heres semper heres*. O Direito alemão, todavia, admite que a instituição de herdeiro fique sujeita a termo (BGB, art. 2.104). Entre nós, o egrégio Clóvis Beviláqua critica a disposição do art. 1.665 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 1.898 do novo Código Civil, apontando:

Para sermos lógicos, deveríamos considerar também como não escrita a condição resolutiva, que torna função temporária a instituição do herdeiro, que interrompe a

¹⁶ Cf. Código Civil de Macau, art. 2.077.

¹⁷ Cf. Código Civil de Macau, art. 2.078, 1.

representação do herdeiro na qualidade de continuador da pessoa do *de cuius*.¹⁸

Se, apesar da proibição, o testador designa o tempo em que deve começar ou cessar o direito do herdeiro, a cláusula tem-se por não escrita. A instituição não fica prejudicada, e o direito do herdeiro é adquirido desde a data da abertura da sucessão. Cai o termo – que era inadmissível –, tem-se a designação temporal como não escrita; mas a instituição fica, e será cumprida.

É admitida, porém, a aposição de termo ou prazo nos legados. Se o testador nomeou legatário, fixando termo inicial, o direito respectivo já se considera adquirido, e, se o legatário falece antes do decurso do prazo, transmite o seu direito a seus sucessores, que têm, no entanto, de aguardar o termo para pedir a posse do legado. Como se vê, é diferente a solução, comparando com o caso de condição suspensiva.¹⁹

Leiamos o art. 1.899: “Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”.

Qualquer ato destinado à produção de efeitos jurídicos precisa ser interpretado. Interpretar é fixar o alcance, determinar o sentido de uma proposição. Seja legislativo, seja negocial (bilateral ou unilateral), o ato carece de interpretação, para ser compreendido e aplicado.

Antes de cumprir e executar, é necessário interpretar, na medida em que interpretar é conhecer, descobrir o conteúdo, desvendar o espírito, estabelecer a ideia, fixar o objetivo, revelar a intenção.

Às vezes, a expressão verbal, o enunciado gramatical, o conteúdo literal se apresenta singelo, escorreito, inconfundível, havendo perfeita sintonia, imediata consonância, integral harmonia entre o pensamento e a palavra, entre a enunciação e o conteúdo, entre o posto e o disposto, entre a vontade e a declaração.

Alerte-se, desde já, com a melhor doutrina, que os procedimentos de interpretação (gramatical – lógico) não representam compartimentos estanques, não são antagônicos, e, na verdade, complementam-se, reciprocamente, aparecendo como fases integrativas, métodos de um processo interpretativo, que é *unitário*. Não obstante, é forçoso reconhecer que a utilização do método gramatical tem uma importância muito maior na interpretação do testamento do que na interpretação da lei ou do contrato.

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, v. VI, p.135.

¹⁹ Cf. art. 2.243, 1, do Código Civil português.

Não se julgue que a clareza do texto nulifica a atividade interpretativa. Nem se imagine possa prosperar a velha sentença *in claris cessat interpretatio* = nas coisas claras não se admite interpretação. Até porque o conceito de clareza ou de obscuridade não é absoluto, mas relativo: o que é retilíneo e translúcido para um, pode ser confuso e dúbio para outro.

Tem-se, sempre, de interpretar. Para aplicar, interpretar é indispensável. Concluir que o texto é claro, aliás, já representa uma ação interpretativa. O que proclama que o céu é azul tem, na mente, a percepção do vermelho, do branco, do negro, e fez, previamente, a comparação, ainda que essa avaliação, no caso, seja rápida, espontânea, automática.

O escorrito ou o ambíguo da expressão verbal depende da análise prévia de quem a recebe; de quem tem de interpretá-la, para bem compreendê-la, entendê-la sem rebuscos, e aplicá-la, com certeza e segurança. O *in claris cessat interpretatio* é inacolhível, representando tal adágio, inclusive, uma contradição. Como excluir a interpretação, se o texto é claro, quando, para saber que é claro, já se teve de interpretá-lo? Desenvolvi o tema interpretação da lei e dos negócios jurídicos no livro *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil - arts. 1º ao 6º*.²⁰

A lei, o contrato e o testamento têm notáveis semelhanças. Como afirmou Teixeira de Freitas – nosso genial e imortal *Juris*-consulto do Império, conforme o chamou Sílvio Meira – “os testadores são legisladores”, o que, de resto, já proclamava a Lei das XII Tábuas, ancianíssima, do século V antes do nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo: *dicat testator et erit lex* = diga o testador, e o que disser é lei.

A disposição testamentária é uma regra equiparável à norma jurídica; o negócio jurídico produz, também, normas de direito, sem que, com isso, estejamos afirmando que a norma individual, que decorre do contrato, ou é fixada em um testamento, seja da mesma natureza, extensão, grau e amplitude da norma geral e abstrata, editada pelo Estado.

Certo é que a lei, o contrato e o testamento concretizam manifestação de vontade (do povo – por meio de seus representantes – das partes e do disponente, conforme o caso), que necessita de interpretação para ser cumprida e executada.

Aplicam-se, então, aos testamentos as regras de interpretação das leis e dos contratos?

²⁰ VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º ao 6º*. 2. ed. Belém: Editora Unama, 2006, n. 34, p. 52.

A resposta é afirmativa, com as ressalvas e ponderações que farei, adiante. Pela aproximação entre as figuras, a analogia é possível. Em princípio, as regras interpretativas da lei são extensíveis aos contratos e aos testamentos, espécies que são de negócios jurídicos, bilaterais os primeiros, unilaterais os segundos.

A lei, nos sistemas de direito escrito, é a principal fonte do Direito, ou, como querem outros, a forma mais importante de revelação do Direito. Em sentido estrito, lei é norma jurídica, permanente e de ordem geral, emanada do poder estatal. Na interpretação da lei, buscase revelar não a *mens legislatoris*, mas a *mens legis*, vale dizer, não a vontade do legislador, mas a própria vontade da lei, a vontade imanente da norma legal, que tem existência independente e vive por si mesma. No testamento, procura-se definir a vontade do testador, investigando-se o alcance e significado de uma ordem privada e individual. Já se vê que a extensão e o conteúdo do processo variam consideravelmente. Inclusive quanto aos possíveis autores da interpretação: a legal pode ser feita pelo próprio legislador (interpretação autêntica), pela doutrina e pelo Poder Judiciário. A interpretação do testamento é pensão exclusiva do juiz.

Quanto ao contrato e ao testamento, ambos contêm declaração de vontade, que precisa ser interpretada, para que se alcance seu verdadeiro sentido, o real querer dos declarantes. Contudo, o contrato é consentimento, acordo mútuo, gerando uma *vontade contratual*, que é a interação ou a integração dos propósitos das partes. No contrato, as vontades são receptícias, os conflitos de interesses são compostos, o acordo vai circular no comércio jurídico, projetando-se a sua eficácia perante terceiros, levando-se em conta, precipuamente, a boa-fé dos convenientes. No testamento, a vontade é unilateral, personalíssima, não receptícia, só produzindo efeitos após a morte do testador.

Observadas essas peculiaridades, pode-se dizer, também, que as regras de interpretação dos contratos se aplicam aos testamentos. Na Alemanha, é a lição de muitos autores, no sentido de que a interpretação das disposições de última vontade está submetida aos preceitos gerais sobre a interpretação dos negócios jurídicos, aplicando-se o art. 133 do BGB: “*Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften*” = “Na interpretação de uma declaração de vontade, deve-se investigar a vontade real, e não ficar preso ao sentido literal da expressão”. No testamento, porém, não se pode cogitar de “conflito de interesses”, não há “partes”, sua eficácia é diferida para o tempo em que o declarante não vive mais, e o que se tem de investigar, fundamentalmente, é o real querer do *de cuius*.

Com as limitações que tais diferenças ensejam, as necessárias adaptações e naturais restrições, é que admito que as regras de interpretação dos contratos sejam aplicáveis aos testamentos, alertando, ainda, que o testamento é submetido a um formalismo rigoroso, sendo de sua natureza e essência a solenidade, o que repercute na sua interpretação, cingindo-se a atividade do intérprete, pela via ordinária, ao instrumento, ao teor do documento, balizando-se no próprio texto deixado pelo testador a pesquisa de sua vontade, de sua verdadeira intenção, o que se exprime pelo brocardo *Quod non est in testamento, non est in mundo*, o que aceito com ressalvas, pois admito, excepcionalmente, que se verifique o alcance, o sentido de uma disposição *mortis causa* com o auxílio de elementos extratestamentários.

O intérprete do testamento deve estar atento para isso: considerar o tempo e o lugar em que o testamento foi outorgado; o nível cultural do testador; o estado em que se encontrava; o ambiente em que vivia; as circunstâncias que o envolviam; as tipicidades do vocabulário etc.

Alerte-se, ainda, que na interpretação dos negócios *inter vivos*, as partes – em regra – estão vivas e presentes. Prestam depoimento, argumentam, explicam. São chamadas e podem esclarecer seu pensamento, seus objetivos. Praticaram atos decorrentes dos contratos que celebraram, e sua atitude pode ser elemento de prova e de convicção. Pode, também, o contrato ser alterado, retificado, ratificado, produzindo-se um novo instrumento, expurgado das dúvidas do anterior, redigindo-se novas cláusulas, disposições mais claras e seguras. Nada disso se pode fazer quando se interpreta o testamento, porque, quando se o analisa, o disponente já não pode ser chamado, já não pode depor, já não pode defender a sua vontade, explicar-se, aclarar seu pensamento. Pelo menos, nos gabinetes dos juízes, no ambiente forense, nas audiências, os mortos não aparecem nem falam. Então, quando o testamento recobre-se de eficácia, quando vai ser executado e cumprido, e surgem dúvidas ou questões sobre as suas disposições, o seu autor não está presente. Deixou ali, naquele papel, solenizada, a sua derradeira vontade, perenizando-a, na expectativa de que seja fielmente cumprida. Não se trata, é claro, de obedecer à vontade de um defunto, mas de observar a vontade de um homem que morreu, e que não pode depor sobre o real significado de suas determinações, o sentido de suas disposições, sua vera vontade, sua real intenção.

Avulta, então, a responsabilidade do juiz que, com inteligência, paciência e acuidade, numa operação retrospectiva, investigatória, tomando por base, principalmente, os termos do testamento, terá de desobscurecer as expressões, aclarar as ideias, dar sentido às determinações, expungir o escrito de dúvidas, libertando a vontade que,

eventualmente, está cativa nas palavras, descobrindo o conteúdo que o continente gráfico, muita vez, aprisiona ou amesquinha.

Este art. 1.899 contém uma regra direta sobre a interpretação dos testamentos, e copia o art. 1.666 do Código Civil de 1916.

O princípio cabedal, a noção capital, o critério rigorosíssimo, nesse tema, é o de que a interpretação do testamento representa uma atividade subjetiva submetida à pesquisa da real vontade do testador, à busca do efetivo querer do disponente, com base, é claro, no texto que ele deixou para a posteridade.

O testamento tem de ser interpretado sempre – é a posição que assumo. Quando se conclui que suas disposições são escoreitas, as determinações manifestas, as designações claras, as verbas evidentes, já se fez interpretação, já se deduziu que a declaração corresponde à vontade, já se está seguro de que a expressão literal foi fiel à ideia e ao espírito.

Pelo que diz o art. 1.899, entretanto – a considerá-lo na sua literalidade –, teríamos de concluir que a interpretação só é cabível havendo dúvida, ocorrendo ambiguidade, abrindo-se ao intérprete caminhos ou soluções diferentes. Aí, sim, ele interpretará o testamento – ou a verba testamentária equívoca, vacilante –, fazendo com que prevaleça o sentido “que melhor assegure a observância da vontade do testador”.

O art. 1.899, porém, até por ser uma regra de interpretação, precisa, por sua vez, ser interpretado. Não o recebemos na sua expressão literal, somente. Busquemos o seu espírito, revelemos a *ratio* contida nas suas palavras, fixemos a sua extensão e verdadeiro sentido. Inclusive, trazendo para a análise – e isso é exigência do sistema – o disposto no art. 112, que se aplica aos negócios jurídicos em geral: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Fixe-se bem isso: o art. 1.899 é mera especialização, simples particularização do disposto no art. 112. Um desenvolvimento dele, para os atos *mortis causa*.

Assim, dando-se a devida interpretação ao art. 1.899, utilizando-se os elementos filológico, lógico, sistemático e teleológico, entendo que o referido preceito ordena que o testamento deve ser interpretado com rigorosa observância da vontade do testador, alcançando-se a real intenção do disponente, com vistas a dar os efeitos *queridos* pelo declarante.

A meu ver, dos Códigos estrangeiros, o que melhor se expressou sobre o tema foi o lusitano, cujo art. 2.187, 1, edita: “Na interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento”.

Corretamente, a lei portuguesa se refere à “interpretação das disposições testamentárias”, não limitando o trabalho do intérprete ao caso de serem dúbias ou equívocas as cláusulas, e mandando que ele observe o que lhe pareça mais ajustado com a vontade do testador, alertando que essa pesquisa deve incidir no *contexto* do testamento. Consagra o Código Civil português, portanto, a tese da interpretação subjetivista dos testamentos, limitada, porém, ao contexto do testamento, dado o caráter formal e solene desse negócio jurídico.

É importante registrar que, na interpretação do testamento, na fixação da real vontade do testador, deve o intérprete circunscrever sua atividade ao texto, ao contexto do instrumento testamentário, ao conteúdo do documento. Em suma: o verdadeiro querer, a real vontade que se deve perquirir e revelar, não é aquela que o intérprete conclui que poderia ter sido a do testador, mas a vontade que deve ter sido, conforme a declaração constante no próprio testamento, e foi para isso mesmo, presume-se, que o testador outorgou, em vida, um instrumento formal e solene com as suas disposições mortuárias. No testamento, em regra, tem de achar-se toda a vontade do testador.

Há limites, todavia, para a atividade interpretativa. Se a disposição do testador é manifestada de modo que existe sinonímia, paridade, igualdade entre declaração e vontade; se a intenção é perceptível, ou fácil; se o significado da verba é escorreito e unívoco, não pode o intérprete ir além, imaginando outros efeitos, dando outras consequências, impondo outro conteúdo à clara e indubitosa declaração do testador. Em sendo equívoca a disposição, ambígua a declaração, podendo dar-se mais de um sentido à cláusula testamentária, a ação do intérprete é menos restrita, devendo ele pesquisar a real vontade do testador, para dar um efeito à cláusula, cuidando que esse efeito corresponda, com toda fidelidade, ao querer do defunto, deduzido do testamento. Embora, em ambos os casos, tenha havido interpretação, sem dúvida, no primeiro, a atuação do intérprete é mais fácil, mais simples, e, no segundo, bem mais complexa e penosa.

Estabeleça-se, inflexivelmente, que cabe ao intérprete analisar, investigar, pesquisar, mas com o intuito e o objetivo de descobrir e revelar a real vontade, a vera intenção do testador. Sob pretexto de apurar qual é essa intenção, não tem direito o intérprete de criar, inventar, estabelecer o que ele acha coerente, racional e justo, impondo, afinal, a sua vontade, substituindo-a pela do defunto, traindo a memória do *de cuius* e o que este deixou perenizado no seu testamento. Enfim, não pode o intérprete, interpretando, travestir-se de testador do testamento alheio. O que ele tem de buscar é a vontade, o desejo, a intenção do falecido, e não a dele. A lealdade e a imparcialidade são requisitos essenciais a que o intérprete deve submissão.

Há uma lição de Pontes de Miranda²¹ que bem se aplica a tudo o que foi dito acima. O jurista brasileiro do mundo, conterrâneo de nosso mestre, aqui presente, Paulo Lôbo, menciona que, certa vez, Andreas Von Tuhr definiu testador como a pessoa que “os juristas ordinariamente contrariam”. E não só o jurista, acrescenta Pontes de Miranda, mas as gentes do foro, os práticos, os interessados, todo o mundo.

Ao interpretar, procura-se a real vontade do testador, busca-se o verdadeiro querer do *de cuius*. Não uma vontade qualquer, mas a vontade que está manifestada no instrumento; nem algum querer, mas o que o falecido deixou consignado no ato testamentário. E isso em razão de a última vontade só ser valedia, só produzir efeito, se expressada no ato formal e solene, que é o testamento.

Diante do testamento, entretanto, e na pesquisa do verdadeiro significado das disposições, no exame do que seja a real intenção do disponente, deve o intérprete levar em conta a pessoa do testador, sua idade, caráter, estado de saúde, nível cultural e intelectual, modo como se expressava, o ambiente em que vivia, suas relações familiares e afetivas; enfim, tem o intérprete – se é bom intérprete – de se colocar no lugar do testador, levando em conta as circunstâncias que o envolviam, quanto testou. A apuração da vontade, com tais providências, será mais segura, fidedigna. Mais humana, com certeza.

Nessa matéria, sempre foi objeto de muita discussão permitir, ou não, que o intérprete vá buscar indícios externos, apanhar elementos estranhos, aproveitar, em suma, a prova extrínseca, para efeito de chegar à verdade e alcançar o pensamento do testador, o perfeito sentido, o real significado de suas disposições.

Em princípio, como regra geral, o intérprete não pode recorrer a elementos extratestamentários. O labor do intérprete começa e acaba no testamento, embora possa e deva ele ter presente aquelas circunstâncias a que acima aludi. A vontade que se apura, a intenção que se investiga, a disposição que se quer esclarecer e revelar é a que está no documento, a que foi manifestada pelo testador, embora, às vezes, com erros, falhas, dubiedades, obscuridades. Os equívocos devem ser superados, as dúvidas, suplantadas, as ambiguidades, resolvidas com a prova que se conseguir no próprio instrumento, diante dos termos do testamento mesmo, com seus elementos e dados intrínsecos, até porque a última vontade só por essa forma solene pode ser exteriorizada. Só vale, como tal, o que consta naquele escrito.

²¹ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012, t. LVI, § 5:725, p. 334.

Nosso Código Civil não tem qualquer disposição direta, nesse sentido, ou seja, não estatui uma regra geral sobre a admissibilidade da prova extrínseca, na interpretação dos testamentos. Não obstante, o art. 1.903 declara:

Art. 1.903. O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa, a que o testador queria referir-se.

Vê-se, pois, que não se anula a disposição, apesar do erro na designação, se a identificação da pessoa ou da coisa puder ser alcançada pelo contexto do testamento (elemento intrínseco), por outros documentos, ou por fatos inequívocos, representando estes dois últimos, sem dúvida, casos de prova extrínseca. Embora o art. 1.903 mencione uma hipótese particular – de erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada –, a admissibilidade que ele confere à prova extratestamentária pode ser generalizada a todos os casos de interpretação dos testamentos, com as restrições e ressalvas que fiz acima, e, é claro, com muita cautela.

A admissão, para efeito interpretativo – e com muita cautela –, desses elementos externos, como acima explicado, não leva a que se aceite ou reconheça o testamento *per relationem*, em que o testador menciona que a sua última vontade foi confiada a outrem, ou está contida em outros papéis e documentos.

O Código Civil adotou uma só regra de interpretação dos testamentos, a deste art. 1.899, e tem o legislador de ser elogiado por isso. Realmente, não são as leis lugar apropriado para acolher preceitos de hermenêutica. Expor regras de interpretação, observadas as circunstâncias sociais, é tarefa eminentemente científica, cabendo, portanto, à doutrina. Parcimoniosos foram os Códigos mais importantes do mundo, na enunciação de regras interpretativas, e o brasileiro insere-se nesse grupo. Referindo-se, direta e explicitamente, à questão da interpretação, temos os arts. 112, 113, 114, 423 e 1.899.

É verdade que o art. 1.899 é a única regra geral de interpretação dos testamentos. Contudo, dedicou o nosso Código alguns artigos visando solucionar casos especiais, situações particulares, que são, também, normas de interpretação, embora de caráter subsidiário, supletivo, funcionando como a vontade presumida do testador, e valendo na medida em que o próprio disponente não tenha regulado a situação, de outro modo.

Vou indicar algumas dessas normas interpretativas, do Código Civil, aplicáveis aos casos determinados a que estão direcionadas: os arts. 1.902; 1.904; 1.905; 1.906; 1.907; 1.920; 1.921; 1.922; 1.932; 1.934; 1.966. Para encerrar, sem que se considerem esgotados os casos, o art. 1.947, que admite possa o testador substituir outra pessoa ao herdeiro, ou legatário, nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança, ou o legado, presumindo que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.

Por sua vez, diz o art. 1.900:

Art. 1.900. É nula a disposição:

I – que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II – que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III – que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV – que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V – que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Os casos enumerados nos cinco incisos deste artigo são de *nulidade* da disposição testamentária. A invalidade, aqui, é de grau máximo. Tratando-se de disposição nula – e não apenas anulável –, deve ser pronunciada pelo juiz – *ex officio* –, quando conhecer do testamento que a contém e a encontrar provada (art. 168, parágrafo único).

Observe-se que a lei determina a nulidade da disposição testamentária, dela só, e não de todo o testamento, ocorrendo caso de redução legal. Contudo, há o art. 1.910 – se a disposição testamentária é nula, por incidir nas hipóteses do art. 1.900, a ineficácia da disposição importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador.

No inciso I, o art. 1.900 fulmina de nulidade a disposição que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também, por testamento, em benefício do testador ou de terceiro. Na prática, uma pessoa testa em favor de outra, sob a condição de esta, por sua vez, outorgar testamento em benefício do testador ou de terceiro.

A condição captatória já era reprovada no direito romano.²² Atualmente, vários Códigos Civis repelem tal condição, editando normas equivalentes ao nosso art. 1.900, I: Códigos Civis espanhol, art. 794; italiano, art. 635; chileno, art. 1.059; mexicano, art. 1.349; português, art. 2.231; macauense, art. 2.061.

Para que se tenha como captatória a condição, é necessário que o arranjo tenha sido doloso. Mediante artifícios e manobras fraudulentas consegue-se seduzir, captar a vontade de outrem, com o fito de obter contrapartida do benefício testamentário.

A captação proibida é a que decorreu de expedientes reprováveis, de meios ilícitos. O agente consegue exercer influência na vontade de alguém, combinando instituí-lo herdeiro ou legatário, na condição de que ele disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro.

Não é toda disposição testamentária recíproca que recebe essa repulsa do legislador, não é toda captação que o direito reprova. O amor, a simpatia, a amizade, podem inspirar disposições testamentárias de uma pessoa em favor de outra, e vice-versa. Como alerta Pontes de Miranda, a reciprocidade das disposições é fato que ordinariamente acontece, pela qualidade do caráter recíproco das afeições. Por isso mesmo, não se há de presumir a reciprocidade intencional.

Num célebre parecer, Francisco Campos, citado por Veloso, explica:

O que o direito condena não é a captação; o que torna a captação sujeita à censura do direito e, assim, exposta à incidência da sanção de nulidade, é o dolo. A captação em si mesma, ou a captação simples, ou a captação que se exerce sem recurso a manobras ou artifícios fraudulentos, ou pela influência direta dos dons pessoais, de natureza física, intelectual ou moral, é um fenômeno geral, ordinário e comum, e se exerce diariamente entre os homens, nos mais variados domínios das relações humanas, só incorrendo na censura da lei quando aquela influência, só por si, não se tornou suficiente, tornando-se necessário, para reforçá-la, o recurso à fraude, ao dolo ou à prática de atos ilícitos.²³

A captação nulifica a disposição quando a reciprocidade de benefícios a causa de morte foi resultado de arranjo malicioso. É preciso que exista o *animus captandi*, a blandícia, a velhacaria, a intenção de obter a anuência da vítima para angariar vantagens, para si, ou para

²² Digesto, 28, 5, fr. 29 e 71, § 1º.

²³ CAMPOS, Francisco apud VELOSO, Zenó. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21, p. 222.

outrem. Nesse caso, sem dúvida, ao dispor por testamento em benefício do outro testador, ou de terceiro, o que foi induzido, envolvido, enganado, teve cerceada e comprometida a sua vontade, violando-se o princípio da autonomia e da liberdade de quem faz disposições *mortis causa*.

Além desse aspecto, o arranjo se assemelha ao pacto sucessório, que, igualmente, é vedado pela lei (art. 426). Na disposição captatória há uma dependência entre as disposições. Contudo, não é a reciprocidade intencional a marca principal que fere de morte a cláusula. O que a compromete e invalida, fundamentalmente, é que a sua causa não é a gratidão, o afeto, a decisão espontânea de gratificar, porém o fato de a vontade do disponente ter sido obtida pela captação.

Não é disposição captatória vedada pelo art. 1.900, I, por exemplo, a determinação seguinte: “Celso testou em meu favor e eu quero que ele seja meu herdeiro”. O testamento é posterior ao de Celso, não há o vínculo proibido entre as disposições. É até natural que ocorra essa reciprocidade pelo sentimento de gratidão. Como diz o vulgo, “uma mão lava a outra”.

O inciso II diz que é nula a disposição que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar.²⁴ A incerteza, no caso, é absoluta, insuperável, não há maneira de que a pessoa se torne certa. A incerteza relativa da pessoa beneficiada não é proibida, como na hipótese de o testador fazer um legado para quem tirar o primeiro lugar no concurso para juiz que ocorrer após o seu falecimento. Porém, se a determinação da pessoa beneficiada, apesar de todos os esforços interpretativos, é impossível, se não há meio de superar a ambiguidade ou o laconismo em que o testador incorreu, a disposição é inválida.

No caso, por exemplo, de o testador nomear herdeira sua prima Sílvia, verificando-se, com a abertura da sucessão, que o *de cujus* tinha duas primas com esse mesmo nome, não sendo possível determinar, com segurança e certeza, a qual delas ele queria se referir, a disposição testamentária é nula, sendo chamados os herdeiros legítimos.

É nula, também (inciso III), a disposição que favoreça pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro.²⁵ Seria o mesmo que delegar a faculdade de testar, ferindo o princípio de que o testamento é ato personalíssimo. A manifestação de vontade do testador, em aspecto substancial, dependeria do arbítrio de terceiro. Ver, todavia, o art. 1.901, I, de que falarei, adiante.

²⁴ Cf. art. 750 do Código Civil espanhol; art. 628 do Código Civil italiano; art. 2.185 do Código Civil português.

²⁵ BGB, art. 2.065; Código Civil argentino, arts. 3.619 e 3.711.

Por motivos idênticos, não pode o testador deixar ao arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado (inciso IV). Não obstante, ver o art. 1.901, II. O dispositivo só se refere ao valor do legado, mas a herança deve estar incluída no preceito, pois isso decorre do princípio de que ninguém pode, pelo testador, fixar o valor ou a extensão da quota do herdeiro instituído. Nula, por exemplo, é a disposição: “Andréa será minha herdeira, ficando com a fração que minha irmã fixar”.

O inciso V é desnecessário; afirma que são nulas as disposições em favor das pessoas mencionadas no art. 1.801 (não legitimadas a suceder), o que o art. 1.802 já resolveu.

O art. 1.901 prevê:

Art. 1.901. Valerá a disposição:

I – em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado;

II – em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

Moderando ou atenuando o estatuído no art. 1.900, III, o inciso I deste artigo diz que vale a disposição se a incerteza com relação à pessoa beneficiada pelo testador for relativa (superável, vencível), e não absoluta. O próprio testador indica, menciona duas ou mais pessoas, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado.

Por força do art. 1.900, III, é nula a disposição seguinte: “deixo a casa da rua 7 de Setembro à pessoa que mamãe indicar”; mas, diante do art. 1.901, I, é válida a cláusula que estabelece: “deixo a casa da rua 7 de Setembro para uma de minhas irmãs, que será escolhida por minha mãe”.

O terceiro, que, obviamente, é pessoa de confiança do testador, vai fazer a determinação do favorecido num grupo restrito, limitado, dentre pessoas mencionadas, já indicadas pelo testador. O terceiro, afinal, faz a opção, mas quem escolheu as pessoas foi o *de cuius*.

E se o terceiro, que deveria determinar a pessoa, morre logo depois do testador, sem ter podido cumprir a delegação? E se o terceiro se recusa, simplesmente, a fazer a escolha? E se foi acometido de doença mental, e tornou-se incapaz?

Nem o Código Civil anterior nem este Código dão a solução para o problema.

O Código Civil alemão, art. 2.151, al. 3, prevendo o caso, decide que, se o terceiro não levar a cabo a indicação, os designados são credores solidários.²⁶

Por falta de norma expressa, entre nós, não é razoável propor que, diante do impasse, a disposição testamentária perde a eficácia, solução que se apresenta com extremo radicalismo e desconsidera, completamente, a vontade do testador.

Penso que se pode invocar o art. 1.930, que regula o legado de coisa determinada pelo gênero, quando a escolha for deixada ao arbítrio de terceiro, e este não aceitar tal encargo ou não puder exercê-lo, decidindo-se que a escolha será feita pelo juiz. Se não for a melhor solução, para o caso enunciado no art. 1.901, I, dado que as situações ao mesmo tempo se assemelham e se distinguem, pelo menos é a saída que pode resolver a questão, na falta de normatividade expressa. O que se não pode admitir é que, pela impossibilidade de o terceiro escolher, fique no vazio a disposição testamentária. A vontade manifestada pelo que morreu precisa ser cumprida, tem de ser cumprida, a todo poder que se possa.

Da mesma forma, no inciso II, o herdeiro ou outra pessoa, que vai determinar o valor do legado, terá atuação balizada, limitada, pois o próprio testador decidiu remunerar os serviços (de médicos, enfermeiros etc.) que lhe foram prestados por ocasião da moléstia de que faleceu. A quantia será estabelecida considerando a remuneração que é paga normalmente, usualmente, para os respectivos serviços, e as circunstâncias do caso. Note-se que não se trata de pagamento dos serviços, no sentido estrito, mas de ato de liberalidade, reconhecimento, gratidão, e esse elemento de generosidade deve, também, influir na fixação do valor do legado.

Analisemos o art. 1.902, que enuncia:

Art. 1.902. A disposição geral em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública, entender-se-á relativa aos pobres do lugar do domicílio do testador ao tempo de sua morte, ou dos estabelecimentos aí sitos, salvo se manifestamente constar que tinha em mente beneficiar os de outra localidade.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, as instituições particulares preferirão sempre às públicas.

²⁶ Cf. art. 2.182, al. 3, do Código Civil português.

Trata este artigo da disposição *ad pias causas*.

Se o testador não especificar de onde são os pobres, ou onde estão os estabelecimentos particulares, ou os de assistência pública, é que vigorará a presunção deste artigo, de que são os do lugar do domicílio do testador, ao tempo de sua morte.²⁷ O art. 1.902 só incide quando o testador fez disposição geral, sem mencionar, diretamente, a quem quis gratificar. Trata-se, pois, de regra jurídica interpretativa da vontade do de cujus.

A norma correspondente, no Código Civil português, art. 2.225, é melhor, tem um campo de aplicação mais largo, e diz: “A disposição em favor de uma generalidade de pessoas, sem qualquer outra indicação, considera-se feita a favor das existentes no lugar em que o testador tinha o seu domicílio à data da morte”. A regra portuguesa, então, aplica-se aos pobres, mas vale para outros grupos de pessoas, como a deusa testamentária feita em favor dos anciãos, das crianças abandonadas, dos cancerosos etc.

Na dúvida quanto às instituições de caridade ou de assistência que serão beneficiadas, dar-se-á, sempre, preferência às particulares, que, segundo o legislador, precisam de mais apoio e recursos do que as entidades públicas.

O art. 1.903 determina: “O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa a que o testador queria referir-se”.

A determinação do sujeito e do objeto é fundamental nas disposições testamentárias (art. 1.900, II, III e IV), com as exceções do art. 1.901. O erro, tanto na designação da pessoa do herdeiro ou do legatário (*error in personam*) como em relação à coisa legada, anula a disposição. Esse é um caso particular de anulabilidade, pois o erro essencial ou substancial, além desse caso, determina a anulabilidade do testamento (art. 1.859) ou da disposição testamentária (art. 1.909).

Contudo, a disposição testamentária pode salvar-se se, apesar do erro, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder fazer a retificação e identificar a pessoa ou a coisa a que o testador queria referir-se (art. 142).

Se o erro é superável, vencível, não há por que deixar de obedecer à vontade do testador. Interpreta-se o testamento, utiliza-se,

²⁷ Cf. BGB, art. 2.072; Código Civil italiano, art. 630; Código Civil português, art. 2.225; Código Civil espanhol, art. 749; Código Civil argentino, art. 3.722; Código Civil chileno, art. 1.056, al. 3 e 5.

inclusive, prova exterior ou complementar, e a disposição será cumprida.²⁸ É um caso, excepcional, em que se pode buscar a real vontade do de cujus fora do contexto do testamento, buscando-se, com a devida precaução, a prova aliunde = em outro lugar.

O art. 1.904, resolve: “Se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador”.

O testador nomeia dois ou mais herdeiros, ordenando que eles fiquem com a sua parte disponível (art. 1.789), e essa parte disponível deverá ser dividida, por igual, entre os instituídos, salvo, é claro, se o testador discriminar a quota-parte de cada herdeiro, quando a divisão obedecerá ao que foi determinado pelo *de cujus*. A regra do art. 1.904 (presunção de igualdade) só incide quando o testador não estabeleceu o que caberia a cada um deles, individualmente.

Se o testador não tem herdeiros necessários, e nomear herdeiros para toda a herança, a solução é a mesma.

Outra norma importante traz o art. 1.905: “Se o testador nomear certos herdeiros individualmente e outros coletivamente, a herança será dividida em tantas quotas quantos forem os indivíduos e os grupos designados”.

Como tantas outras, deste Capítulo, esta é mais uma disposição legal supletiva, e a solução se apoia no direito romano.

A instituição é mista: certos herdeiros são nomeados individualmente: Lygia, Odette; e outros são nomeados coletivamente: os filhos de Elias. Para cumprir o disposto neste artigo, a herança, no exemplo, é dividida em três partes iguais: uma para Lygia, outra para Odette, e a terceira parte para os filhos de Elias, herdando estes por estirpe. Aos herdeiros nomeados coletivamente cabe uma parte igual à que recebe cada herdeiro designado individualmente.

Acompanha este artigo o Direito romano²⁹ e se trata, porém – como disse –, de regra supletiva: se o testador, embora fazendo a designação individual e coletiva dos herdeiros, determina que todos herdarão por igual (*per capita*), assim será.

O Código Civil espanhol, art. 769, dá solução diferente da seguida neste artigo. O vigente Código Civil português, adotando preceito do art. 1.797 do Código Civil de 1867, como no direito espanhol, enuncia, no art. 2.227, que se o testador designar certos sucessores

²⁸ Cf. art. 773 do Código Civil espanhol; art. 625 do Código Civil italiano; art. 2.203 do Código Civil português; art. 1.057 do Código Civil chileno.

²⁹ Digesto, 25, 5, fr. 11 e 13.

individualmente e outros coletivamente, são estes havidos por individualmente designados.

Por força do nosso art. 1.905, se o testador diz que sua herança caberá à Lygia, Odette, e aos filhos de Elias, falecendo o disponente, os herdeiros são chamados simultaneamente e não sucessivamente. Se o valor da herança for de trezentos mil, e tendo Elias dois filhos, cem mil serão de Lygia, cem mil serão de Odette, e cem mil caberão aos filhos de Elias – por stirpe –, ficando cada um deles com cinquenta mil. Em Portugal, conforme o art. 2.227 do Código Civil, a solução é diferente: os trezentos mil seriam divididos em quatro partes iguais, entre Lygia, Odette, e os dois filhos de Elias.

O art. 1.906 afirma: “Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária”.

Se as quotas dos herdeiros nomeados pelo testador não absorverem toda a herança, o que sobrar pertencerá aos herdeiros legítimos, obedecida a ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 e ss.). Este preceito é aplicação do que estatui o art. 1.788, e a sucessão será testamentária e legítima, como no caso do art. 1.966.

O art. 1.907 leciona: “Se forem determinados os quinhões de uns e não os de outros herdeiros, distribuir-se-á por igual a estes últimos o que restar, depois de completas as porções hereditárias dos primeiros”.

O testador, neste caso, dispôs de toda a herança, mas determinou os quinhões de uns herdeiros e não designou os de outros. Os primeiros receberão as suas quotas, que foram especificadas. Depois de completas essas porções, o que sobrar será repartido, igualmente, entre os herdeiros cujos quinhões não foram determinados (art. 1.904). Se nada sobrar, nada herdarão os que foram instituídos sem designação do quinhão.

Vejam, agora, o art. 1.908: “Dispondo o testador que não caiba ao herdeiro instituído certo e determinado objeto, dentre os da herança, tocará ele aos herdeiros legítimos”.

Este artigo prevê a instituição *excepta res certa*, de origem romana.

Se o testador nomeia o herdeiro, mas estabelece que, dentre os da herança, certo e determinado objeto não deve caber a ele, o objeto tocará aos herdeiros legítimos, solução que segue a que foi dada no art. 1.906.

O art. 1.909 determina:

Art. 1.909. São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.

Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.

O testamento tem de obedecer aos requisitos dos negócios jurídicos, e pode ser válido e inválido. A invalidade tem dois graus: nulidade e anulabilidade. O testamento inteiro ou alguma de suas cláusulas pode ser nulo ou anulável.

Este artigo especifica que as disposições testamentárias podem ser anuladas por vícios de vontade: erro, dolo ou coação (arts. 138, 145 e 151).

A anulação da disposição testamentária, em consequência desses vícios, está sujeita a prazo de caducidade, de quatro anos, “contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício”. A meu ver, o prazo de decadência devia ser contado da abertura da sucessão, o que daria mais certeza e segurança jurídica.

O art. 1.910 prevê: “A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador”.

Inspirado no brocardo *utile per inutile non vitiatur*, o art. 184, primeira parte, prevê que, respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. Esse princípio se aplica às invalidades testamentárias.

O caso previsto no art. 1.910 é precisamente o inverso: a invalidade, ou ineficácia (em sentido amplo) de uma disposição testamentária importa a das outras, que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador. É uma regra que obedece aos ditames da lógica, e sua aplicação vai depender da interpretação da vontade do testador. Basicamente, este artigo pressupõe a *interdependência* das disposições testamentárias: se uma é ineficaz, e cai, as outras caem também.

Já vimos que as disposições testamentárias, embora contidas no ato testamentário, que se caracteriza pela unidade e completude, gozam de autonomia, valendo cada uma delas por si, o que não impede que, para efeito de interpretação e busca da real vontade do *de cujus*, tenhamos de recorrer ao contexto testamentário (e até, excepcionalmente, a elementos extratestamentários).

Em sede de testamento, o preceito é que a ineficácia de uma disposição não se irradia nem se estende à outra ou às outras. A regra é a *separabilidade*, se for possível a partição ou o isolamento. Será o caso, por exemplo, de o testamento conter várias disposições e, numa delas, o testador ter feito legado à pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, sendo tal determinação nula, por força do art. 1.801, I, combinado com o art. 1.802. Em princípio, é só esta disposição que fica prejudicada, não a outra ou as outras que o testamento apresenta.

Contudo, a ineficácia (*lato sensu*, incluindo a invalidade e outras causas) de uma disposição vai contagiar as demais, se ficar provado que, sem a disposição ineficaz, não teriam as outras sido determinadas pelo testador.

Por último o art. 1.911:

Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

O estabelecimento da cláusula de inalienabilidade, quanto aos bens que integram a legítima, deve observar o que dispõe o art. 1.848. Este Código limitou bastante a aposição de cláusulas restritivas, que eram admitidas, francamente, pelo art. 1.723 do Código Civil de 1916. Agora, nos termos do art. 1.848, salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

No que se refere à quota disponível, o art. 1.848 não incide, ficando livre o testador para dispor de sua metade, impondo as cláusulas restritivas que achar convenientes.

Estabelecida a inalienabilidade, este artigo, para qualquer dos casos, resolve que a cláusula de inalienabilidade importa impenhorabilidade e incomunicabilidade, assunto que foi objeto de acesa contenda na doutrina brasileira, e que a jurisprudência assentou na forma regulada neste artigo.³⁰

O parágrafo único, prevendo o caso de desapropriação de bens clausulados, ou a alienação destes, por conveniência econômica do

³⁰ V. Súmula 49 do STF.

donatário ou do herdeiro (o que só pode ocorrer mediante autorização judicial), estabelece que o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros. Há, portanto, sub-rogação do gravame.

Era o que tinha a expor e agradeço a atenção que me dispensaram.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, v. VI.

FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. 16. ed. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, n.124.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. II, n. 843.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, n. 597.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, n. 465, 1991.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. LVI, § 5.708.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 26. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, n. 113.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Pamplona: Analecta, 2004, t. II.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. 6 – Direito das Sucessões (Prefácio Zeno Veloso).

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey : Mandamentos, 2008.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º ao 6º*. 2. ed. Belém: Editora Unama, 2006, n. 34.

VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

