

# 12

## Elementos analíticos e técnicos para interpretação de testamento

**Camilo de Lelis Colani BARBOSA:** colani@uol.com.br

CV: <http://lattes.cnpq.br/9804484885693341>. Mestre e doutor/PUC-SP. Docente de Direito Civil da FSBA, Faculdade Baiana de Direito e da Unijorge. Membro do GP Epistemes da subjetividade/CNPq.

# BSTRACT RESUMO ABSTRACT RESUMO ABSTRACT



Resumo	O presente estudo objetiva conhecer os conceitos jurídicos de testamento e legado. Pretende-se, ainda, conhecer os mecanismos de interpretação da vontade do testador, bem como as limitações no exercício do ato de testar, presentes no sistema jurídico brasileiro.
Palavras-chave	testamento, testador, legado, interpretação da vontade.
Abstrac	The present study aims to know the legal concepts of will and legacy. It is intended also to understand the mechanism of interpretation of the will of the testator, as well as limitations in the performance of the act of testing, present the Brazilian legal system.
Keywords	will, testator, legacy, interpretation of the will .

## CONCEITO DE TESTAMENTO E DE LEGADO

Testamento, objeto da análise, consiste “*no ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da morte*”.<sup>1</sup>

O Código Civil de 2002 não traz, contudo, definição de testamento. Deste modo, cabe à doutrina fazê-lo. Para Sílvio Rodrigues, por exemplo: “*testamento é negócio jurídico unilateral em que seu autor faz disposição da totalidade de seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte*”. (RODRIGUES, 2002, p. 146). Já para Pontes de Miranda: “*testamento é o ato unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois da sua morte, dispõe dos seus bens, no todo ou em parte, ou algo resolve para efeitos jurídicos*”. (Pontes de Miranda: 2007, p. 207).

É possível prosseguir com definições similares em Maria Helena Diniz (2007, P. 175), Eduardo de Oliveira Leite (2003, PP. 298/316) e Carlos Roberto Gonçalves (Ob. Cit., pp. 206/7).

Todavia, dada a tradição, apego-me à definição de Modestino, para quem: “*testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*” (Digesto, liv. XXVIII, tit. 4, fr.4), (Apud PLAINOL, 1913, p. 600). Em tradução de Carlos Roberto Gonçalves: “*Testamento é a justa manifestação de nossa vontade sobre aquilo que queremos que se faça depois da morte*” (GONÇALVES, 2007, P. 206).

Deve-se fazer menção que o objeto do testamento pode ser um legado. Legado é, portanto, “*a disposição testamentária a título singular, pela qual o testador deixa a pessoa estranha ou não sucessão legítima um ou mais objetos individualizados ou certa quantia em dinheiro.*” (Conforme Carlos Maximiliano, *apud* Maria Helena Diniz, ob. Cit. P. 302).

No sistema francês, os legados (*legs*) surgem sob a denominação de sucessão a título particular, assim designa-se a intenção do testador de deixar algo específico/determinado a um herdeiro que então passa a ser dignado legatário (*légataire*). Esclarecem Colin e Capitant: “*Le testament peut s’appliquer à tout ou partie des biens Du disposant, ou à un objet particulier. Les legs qui font l’objet Du testament peuvent donc être soit universels, soit à titre universel, soit à titre particulier.*”<sup>2</sup>(COLIN e CAPITANT, 1935, p.679).

É certo afirmar, deste modo, que legado é algo deixado a um herdeiro testamentário, operando-se exclusivamente em sucessões testamentárias, ou seja, aquelas realizadas mediante disposição de última vontade (testamento).

## ORIGEM DO TESTAMENTO

Tendo como pano de fundo a idéia de que com o testamento a pessoa (testador) possa continuar a reger o destino de seus bens para além da vida, nos legaram os romanos o conceito, a estrutura e por que não dizer os limites subjetivos e objetivos do testamento.

---

<sup>1</sup> Conforme definia o artigo 1.626 do revogado Código Civil de 1916.

<sup>2</sup> É minha a tradução: “*O testamento pode se aplicar a todos ou parte dos bens do disponente, ou a um objeto particular. Os legados que fundam o objeto do testamento podem vir a ser universais, seja a título universal ou seja a título particular.*”

Sendo povo guerreiro e conquistador, as longas viagens e os extremos riscos enfrentados parecem ter justificado a criação jurídica dos testamentos. Num primeiro momento, cabia tão somente às classes mais nobres a sua utilização. Por razões óbvias, o ato de testar pressupõe “*ter o que testar*”. Segundo Eduardo de Oliveira, a primeira forma de testamento (comum a patrícios e plebeus) surgiu no séc. II a.C e foi o chamado testamento “*per aes et libram*” (por dinheiro e peso). Posteriormente, já em 439 adveio o testamento *tripertitum*. E por fim, tinham os romanos testamentos a serem utilizados em situações especiais: testamento militar (*testamentum militum*), testamento em situação de catástrofes ou epidemias (*testamentum pestis temporis*), testamento rural (*testamentum ruri conditum*), (LEITE, 2003, p.303).

Contudo, a forma romana de testar não chegou até nós é o que afirma Planiol: “*Le testament romain n’est pas venu jusqu’à nous; il a disparu lentement au commencement Du moyen age, sous La Double influence des coutumes germanique et des doctrines canoniques. Aux IX<sup>e</sup> siècle son role est entièrement fini.*” (PLANIOL, 1913, p.600)<sup>3</sup>

Como já tive a oportunidade de escrever,

...no Brasil não há a cultura da previsibilidade, da prevenção, da consulta prévia, ao menos na área de transmissão patrimonial causada pela morte. De modo contrário, em países europeus e na América do Norte é muito comum tratar-se de testamentos, antecipações de herança, seguros, constituições de fundações “post mortem” etc. Lá, uma vez que introjectada culturalmente, a morte ganha uma dimensão socialmente mais suave, até pelo desejo de evitarem-se disputas/litígios entre herdeiros. Aqui, de modo singular, estamos acostumados a ver inventários e partilhas longos, desgastantes (emocional e financeiramente), tudo pela ausência de um “planejamento sucessório” (COLANI, 2004, p. 6).

Não havendo, pois, a cultura do testamento, ou melhor, da influência da vontade para após a morte, a sucessão testamentária torna-se uma exceção, e, portanto, causadora de dúvidas e inseguranças quanto aos seus efeitos.

Atualmente prepondera a chamada sucessão legítima, cuja grande característica é o fato de o falecido não deixar testamento. Segundo Eduardo de Oliveira Leite este é um fenômeno recente. Para o mencionado autor: “*A regra, desde o século XVIII (Brasil colonial) era a utilização do testamento, o que justifica de certa forma, a permanência deste instituto no nosso sistema codificado. E a exceção era a morte **ab intestato**...*”. O testamento fazia parte do cotidiano nacional e todos os segmentos nacionais, desde os mais singelos aos mais abastados, encaravam o testamento como meio de perpetuar a sua vontade para depois da morte” (LEITE, 2003, p.298).

É a partir do advento do Código Civil de 1916 (cuja entrada em vigor se deu em 1º de janeiro de 1917) que a população brasileira, aos poucos, deixou o hábito de testar. Tal troca parece ter ocorrido em razão da segurança jurídica representada pelas normas expostas no então neo-Código, garantidas pelo Estado e representadoras de singela clareza.

---

<sup>3</sup> É minha a tradução: “*O testamento romano não chegou até nós. Ele desapareceu ao iniciar a Idade Média, sob a dupla influência dos costumes germânicos e das doutrinas canônicas. No século 9º estava inteiramente extinto.*”

## REQUISITOS DO TESTAMENTO PÚBLICO

Conforme apontado no item II.I., testamentos são negócios jurídicos e, portanto, também estão sujeitos às regras gerais referentes aos requisitos de validade dos negócios jurídicos. Assim, sobre os testamentos incide o disposto no artigo 104 do Código Civil, a saber:

art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

### DA CAPACIDADE DO AGENTE

O primeiro aspecto a ser examinado, portanto, diz respeito à capacidade do agente, no caso em concreto, do testador.

Denomina-se capacidade a aptidão de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “A plena capacidade jurídica, então, corresponde à efetiva possibilidade concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros”.(FARIAS e ROSENVALD, 2008, p.206). Não é por outra razão que o artigo 1857 do Código Civil, prevê:“art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

O que foi visado pelo legislador é a condição de discernimento do testador, a fim de que pudesse estar realmente expressa a sua vontade (a sua última vontade). Tendo a capacidade plena, nasce a presunção de que a transmissão patrimonial se deu conforme legítima manifestação de vontade, sendo, portanto, amparada pelo Direito.

Na opinião de Maria Helena Diniz “a capacidade testamentária ativa é condição da validade jurídica do ato de última vontade, pois para fazer testamento é preciso que o testador seja capaz. Essa capacidade de testar é a regra geral, e a incapacidade, a exceção” (DINIZ, 2007, p. 180).

As exceções à capacidade são descritas no artigo 1.860 e no seu parágrafo único, do Código Civil (“Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de 16 (dezesesseis) anos”).

No mesmo diapasão, estabelece o artigo 591 do Código Civil Italiano:

Art. 591 (casos de incapacidade): Podem dispor por testamento todos aqueles que não forem declarados incapazes pela lei.São incapazes de testar:1. aqueles que não completaram a idade de 18 anos; 2. os interditados por enfermidade mental; 3. aqueles que, embora não interditados, estavam, conforme prova, por qualquer causa, mesmo transitória, incapacitados de entender ou de querer no momento em que fizeram o testamento.Nos casos de incapacidade previstos no presente artigo, o testamento pode ser impugnado por quem quer que tenha interesse nisso.” (SOUZA DINIZ, 1961, p. 113).

É oportuno mencionar que a impugnação mais corriqueira dos testamentos se dá pela alegação da falta de discernimento do testador. Uma das possíveis razões para os precedentes jurisprudenciais está na redação do artigo 1.627, III do revogado Código Civil de 1.916, *verbis*: “Art. 1.627. São incapazes de testar:... III – os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo”.

Assim, era comum que herdeiros preteridos em seus direitos buscassem a desqualificação da sanidade mental do testador, para retomar bens ou direitos desfalcados pela declaração de última vontade.

É o que relata Sílvia Rodrigues, para quem:

Não era raro um herdeiro, que fora privado de toda ou de parte da sucessão por testamento do falecido, vir a juízo, com base no dispositivo em causa, para pleitear a nulidade do testamento, alegando que o testador, ao fazê-lo, não estava em seu juízo perfeito. Os casos se multiplicavam na jurisprudência (RODRIGUES, 2002, p. 148).

Um caso interessante e pertinente foi julgado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (apelação cível nº 43504000; rel. Des. José Roberto Bedran; j. em 07.12.97), cuja ementa a seguir transcrevo:

**Ementa:** Testamento. Nulidade. Alegação de não estar a testadora, acometida de grave doença e abalada emocionalmente, em seu perfeito juízo. Inocorrência. Prova confirmando a plena consciência e o equilibrado estado emocional da testadora, apenas preocupada em proteger e resguardar o futuro das filhas amadas. Redução de cláusulas testamentárias restritivas, alternativamente pleiteada, destituída de fundamento legal. Improcedência. Manutenção. Apelação não provida.

Como se observa, na ação de nulidade de testamento retro indicada, apesar da alegação de ausência de capacidade (discernimento do testador), restou provada a sanidade e, conseqüentemente, decidida a validade do testamento.

É importante salientar que a prova da insanidade (e, portanto, da incapacidade do testador) é sobremaneira complexa, pois é necessário demonstrar que à época da confecção do testamento o seu autor não tinha discernimento para as declarações ali existentes. Isso porque, o testamento é aberto e cumprido após o falecimento daquele que deveria ser submetido à avaliação de sanidade. Deste modo, a perícia não é realizada diretamente sobre a pessoa, pois esta já estará morta.

No entanto, a jurisprudência tem indicado vários casos que valem a pena serem mencionados. O Tribunal de Justiça da Bahia, por exemplo, reconheceu que a arteriosclerose senil incapacitava a testadora, e, portanto, tornou nulo o testamento por ele realizado, conforme ementa a seguir exposta:

**Anulação de testamento.** Conjunto probatório que evidencia estar o testamento eivado de nulidades porquanto a testadora, quando do ato de testamentar, encontrava-se incapacitada para o mesmo, sendo portadora de arteriosclerose senil que a impedia do completo entendimento e conseqüências do ato, além de analfabeta. ato solene realizado em comarca distinta da que residia a testadora sem motivos específicos para tanto.

Além da citada hipótese de arteriosclerose, a doutrina aponta outras possíveis causas de incapacidade: “... *enfermos ou sujeitos a hipnotismo, a delírios persecutórios, a espasmo cerebral seguido de hemiplegia, a embriaguez completa, a intoxicações provocadas por remédios ou entorpecentes, a sonambulismo etc....*” (DINIZ, 2007, p.181).

## DO OBJETO

O segundo requisito presente no artigo 104 do Código Civil refere-se ao objeto, o qual deve ser: “*lícito, possível, determinado ou determinável*”.

Deseja o legislador impor às partes, em todos os negócios jurídicos, limites subjetivos e objetivos, de modo a restringir a chamada autonomia da vontade. Dentre as limitações objetivas está a da exigência de licitude do objeto, pois seria um paradoxo social aceitar um objeto ilícito como elemento de um negócio jurídico, podendo obrigar às partes a situações ilógicas, como por exemplo, o direito de exigir em juízo a entrega de determinada quantidade de droga adquirida junto a traficante.

Por outro lado, situação menos óbvia e, por conseguinte, mais complexa é da possibilidade do objeto. Dimensiona-se a possibilidade em física e jurídica. Ambas ensejam a invalidade do negócio jurídico. Esclarece Renan Lotufo: “O fato é que o objeto sendo impossível, não pode haver relação jurídica, pois tudo o que se faz no mundo do Direito é para alcançar concreção, ou seja, para poder ser executado tanto no mundo fenomênico quanto no mundo jurídico” (LOTUFO, 2003, p.283).

E por fim, deve o objeto ser determinado ou determinável. Objeto determinado é aquele sobre o qual não se tem dúvidas sobre a existência, características, extensão, valor, localização, enfim é aquele que pode ser descrito e identificado no negócio jurídico de maneira indubitável. Como consequência desta determinação, nasce para as partes segurança jurídica não só para o cumprimento das obrigações decorrentes do negócio jurídico, mas também para o exato cumprimento das manifestações de vontade.

Por essa razão, assevera Renan Lotufo: “Sem o conhecimento prévio do objeto, ou da existência de critérios que permitam a sua avaliação concreta, ninguém poderá conscientemente se obrigar. A determinabilidade é condição de existência da obrigação, pois não pode haver vínculo entre sujeitos que não permita avaliação e aferição de sua possibilidade, sob pena de se estabelecer uma relação em que o devedor não tem condições de dimensionar suas responsabilidades, com o que sua liberdade fica comprometida.” (LOTUFO, 2003, p.283)

Transportando toda essa discussão para o campo dos testamentos tem-se a indagação: O que é objeto lícito, possível, determinado ou determinável passível de ser testado?

O Código Civil Brasileiro de 2002 não traz nenhum dispositivo relativo ao objeto testável. De maneira oblíqua, ao conceituar testamento, menciona que o objeto é “*a totalidade dos seus bens ou de parte deles*” (art. 1857).

De modo semelhante, mas com outras palavras, determinava o Código Civil Brasileiro de 1916: “*Considera-se testamento o ato revogável pela qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte*”.

Urge, portanto, saber o que é o patrimônio de uma pessoa à época de sua morte.

O patrimônio pode ser definido (de maneira muito singela) como o conjunto de bens ou direitos pertencentes a uma determinada pessoa (natural ou jurídica). Na verdade, não desejando entrar em polêmica doutrinária há imensa dificuldade para alcançar o conceito de patrimônio, contudo, segundo explanação de Luiz da Cunha Gonçalves:

“...o conjunto de bens, direitos, ações e obrigações pertencentes a determinada pessoa ou de esta é sujeito activo. Este conjunto, porém, não pode ser totalmente alienado em vida do seu titular, porque é estreitamente conexo da personalidade. Só por morte desse titular é que o respectivo patrimônio pode ser transmitido a outrem, porque cessa a pessoa, a quem pertencia.”(CUNHA GONÇALVES, 1951, p. 151)

O patrimônio de uma pessoa, portanto, é constituído enquanto ela estiver viva. Após a sua morte, bens e/ou direitos não se agregam ao patrimônio desta referida pessoa. Vão compor, por raciocínio lógico, o patrimônio de seus sucessores.

Assim, não podem ser objeto do testamento bens ou direitos ainda não incorporados ao patrimônio do testador, salvo que vierem a ser adquiridos até o momento da abertura da sucessão.

O artigo 1912 do Código Civil estabelece: “*É ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão.*”

Não é por acaso, outrossim, que o Código Civil Argentino dispõe em seu art. 3752: “*El testador no puede legar sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena cierta y determinada, sepa o no el testador que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella*”.

E no mesmo sentido, o Código Civil Italiano, prevê em seu artigo 654:

“Quando o testador deixar uma coisa particular, ou uma coisa determinada somente pelo gênero a ser tomada de seu patrimônio, não terá efeito o legado se a coisa não se achar no patrimônio do testador no momento de sua morte. Se a coisa se achar no patrimônio do testador ao tempo de sua morte, mas não na quantidade determinada, terá efeito o legado para a quantidade que aí se achar” (SOUZA DINIZ, 1961, p. 122).

Na jurisprudência baiana pude encontrar a seguinte decisão:

“*TESTAMENTO. COISA ALHEIA. LEGADO. AQUISIÇÃO POSTERIOR. DISPOSIÇÃO VÁLIDA. Válida é a disposição testamentária que institui legado em coisa alheia, mas sendo adquirida e integrando o seu patrimônio, quando da abertura da sua sucessão.* (TJ-BA, AP. CÍV. 9.302-1/01, 2<sup>ª</sup>CCÍV., REL. DES. Amadiz BARRETO, J. 30.10.01, PROV./UN. – AC. 16.065)



O terceiro requisito pertinente à validade dos negócios jurídicos é forma (*prescrita ou defesa em lei*).

Testamentos são negócios jurídicos formais e solenes. Exigem alto grau de rigor para configurarem-se válidos. Assim, aponta o artigo 1862 do Código Civil Brasileiro 3 (três) formas de testamentos ordinários: I – o público; II – o cerrado; III – o particular.

Concentro-me nas regras aplicáveis à forma dos testamentos públicos.

Prescreve o artigo 1864 do Código Civil brasileiro:

Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:  
I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;  
II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;  
III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.  
Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Não obstante pareça claro o seu texto, ainda assim tem gerado controvérsias interpretativas, especialmente no que diz respeito ao papel das testemunhas. É o que informa Zeno Veloso: “Louvamos a doutrina e jurisprudência que não fulminam de nulidade o testamento em ocorrerem breves e passageiras ausências das testemunhas, observadas, é claro, as circunstâncias de cada caso. Mas não vemos como aceitar a tese em prol da validade de um testamento em que as testemunhas não assistiram à redução a escrito (e já não tinham presenciado as declarações orais do testador) sem que isto importe em flagrante desrespeito à expressa norma legal” (VELOSO, 1993, p. 147).

Afinal, podem as testemunhas saber a real intenção do testador? Ou cumprem apenas papel meramente figurativo no momento da leitura do testamento?

Não me parece ser meramente figurativa a presença das testemunhas. Tampouco é mero ato formal a leitura do instrumento do testamento. A finalidade normativa deste ato é fiscalizar se o conteúdo lido é condizente com a vontade manifestada pelo testador. Daí porque a necessidade da presença deste e das testemunhas no mesmo ato.

É por isso que, se necessário for, as testemunhas serão convocadas para prestar depoimento em juízo (em eventual Ação Declaratória de Nulidade) sobre o teor do que foi lido e para dizer se a vontade do testador foi ou não observada. Como bem preceitua Carlos Roberto Gonçalves: “*Não são elas chamadas para presenciar parte da solenidade, mas para ver, ouvir e compreender tudo o que se passa, do início ao fim do ritual procedimental.*” (GONÇALVES, 2007, p. 238)

## INTERPRETAÇÃO DA VONTADE DO TESTADOR

A interpretação da vontade do testador é o maior dos problemas em um testamento. Ela é regida pelo princípio de melhor atendimento à vontade do testador.

O caminho é longo.

Paulo (Digesto, L. 32, T.3, frag. 25, § 1º) estabeleceu antigo brocardo: “*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntas quaestio* (Quando não houver ambigüidade nas palavras, não se deve admitir pesquisa da vontade)” (Apud LEITE, 2003, p. 447).

O problema da ambigüidade acarreta incompreensão do texto. A legislação brasileira estabelece no Código Civil de 2002, as seguintes regras:

- art. 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

- art. 1899: “Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”.

Assim, o primeiro passo é verificar se há ambigüidade, ou seja, se entre o que está escrito e o que pretendia o testador (emitente da declaração de vontade) há divergência (s).

Como contribuição decisiva, assevera Clóvis Beviláqua: “*É a vontade do testador que o testamento exprime, e o direito quer que se cumpra. Como regra capital de interpretação das cláusulas testamentárias prevalece o princípio: attende-se à vontade expressa do testador.*” (BEVILÁQUA, 1975, p. 862)

Qual era real intenção do testador? Destinar encargo administrativo? Ou gerência empresarial?

Após a identificação da real intenção do testador é preciso verificar em que medida a intenção é possível no âmbito físico e/ou jurídico, conforme apontei no tópico 2.3.3.

Parece-me, desde o início de minha análise, que o testador quis deixar ao Sr. O., a administração da empresa e, para tanto, legou-lhe percentual sobre os valores que viessem a ser recebidos nas ações em que figurava como empresária. Impôs, ainda, ao herdeiro testamentário dois encargos, quais sejam: o da administração da empresa e o pagamento dos percentuais destinados aos demais herdeiros.

Ocorre que, como já demonstrado anteriormente (tópico 2.3.2), sobre tal objeto incide, de maneira clara, a impossibilidade jurídica. Configura-se, por conseguinte, a nulidade em razão da extensão para as causas não encerradas, ou melhor, para as ações não transitadas em julgado.

Já o encargo instituído para o Sr. O., revela-se dicotômico: de um lado, administrar (de forma intransferível) a empresa; e de outro lado, prestar contas aos demais herdeiros.

O primeiro encargo, ou a primeira parte do encargo, revela-se impossível juridicamente.

É a hipótese de aplicação do artigo 137 do Código Civil: “*Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, casoem que se invalida o negócio jurídico*”.

Renan Lotufo, ao comentar este artigo lecionou:

“Com o encargo, determina-se cláusula acessória restritiva das vantagens de certo negócio jurídico. Assim, o encargo deve ser lícito e possível. Se fisicamente impossível ou ilícito, tem-se como inexistente. Se o seu objeto for ilícito e constituir-se em razão determinante, o negócio é integralmente nulo. Assim, se eu doo um bem para outra pessoa sob o encargo de esta construir no bem uma escada até o céu, este encargo pelo disposto no presente artigo, é considerado como não escrito. E ainda, tomando como base o mesmo exemplo, se este constituir o motivo determinante da liberalidade, o negócio todo será considerado inválido.” (LOTUFO, 2003, p. 378)

Sendo encargo impossível, há de ser considerado não escrito. Resta, todavia, dúvida sobre se o encargo era o motivo determinante da liberalidade.

Em palavras mais simples: o que desejou realmente o testador: doar com o encargo de administrar até o fim as atividades empresariais existentes no escritório?;ou legar o escritório (e os clientes), com o encargo de pagar aos demais herdeiros as suas partes referentes aos honorários das atividades já existentes?

A resposta parece estar na frase:

“Inclusive o acervo constante do mesmo, recebendo como fruto do seu trabalho que com dedicação e afincio, ajudou e ajuda o testador a dar o devido ....., dirigindo ..... com toda a raça, coragem e honestidade, o valor de 30% (trinta por cento) dos valores recebidos de ....., restando ao mesmo bem cumprir o munus que ora lhe é outorgado, especialmente no que se refere ao levantamento de quantias ....”<sup>4</sup>.

Quis a testador que o herdeiro testamentário prosseguisse com as atividades em andamento, até as suas respectivas conclusões; recebesse os respectivos pagamentos; recebesse a sua fração e efetuasse os respectivos pagamentos aos demais herdeiros.

E a continuidade da empresa? Seria ela fechado posteriormente?

Não há menção a esse fato. Há, contudo, demonstração de admiração profissional de R. em relação a O. (Raça, Coragem e Honestidade) que leva ao entendimento de que devesse ser dada continuidade à atividade empresarial.

No caso, portanto, de clientes novos, que fossem contratados após a morte do testador, restariam afastados os herdeiros legítimos de seus direitos, pois já não comporiam o patrimônio do falecido, mas sim, da “empresa” agora na posse de O..

Assim, parece-me que o motivo determinante da liberalidade foi o encargo de administrar a empresa, restando, também por esse aspecto a nulidade da declaração de última vontade.

O segundo bem elencado no testamento é o imóvel .... Para o referido bem, a testadora estabeleceu a inalienabilidade até a maioria do herdeiro A... .

A cláusula de inalienabilidade constitui um dos temas mais polêmicos na sucessão. De fato, consideram-na, boa parte da doutrina elemento alimentante da vaidade pessoal do testador, que incide a sua vontade para muito além de sua vida, às vezes por décadas.

---

<sup>4</sup> Os grifos e destaques são originais.

Sílvio Rodrigues enumera 3 argumentos contrários à sua existência:

a) A cláusula de inalienabilidade introduz, dentro do campo das relações jurídicas, um elemento de insegurança, pois a existência de um bem impenhorável, no patrimônio do devedor, representa prejuízo para o credor, não raro burlado em sua boa-fé; b) A cláusula, justificável talvez em período de exacerbado individualismo, não deve ser admitida em detrimento do interesse da sociedade ... ; c) A cláusula alimenta a vaidade do autor da liberalidade, que se crês mais capaz do que o beneficiário ..." (RODRIGUES, 2002, p. 191).

Fazendo coro a esse posicionamento, Orlando Gomes apregoa: "...necessário se torna abolir a prerrogativa de clausular os bens com a inalienabilidade, ao menos os da legítima (já que) constitui uma aberração jurídica." (GOMES, 1990, p. 175). E mais adiante, complementa: "se a legítima pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança; da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto." (GOMES, 1990, p. 158)

Nessa linha de raciocínio, muito embora não tenha extinto a cláusula de inalienabilidade, estabeleceu o artigo 1848 do Código Civil: Art. 1848. "*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.*"

Não há no testamento examinado justa causa declarada. Não se pode dizer, ademais, que a menoridade do herdeiro A. constitua por si só justa causa. Isso porque, há outros bens a serem inventariados, e a fração correspondente à sua cota de herança se revela minoritária.

Verifica-se, assim que a inalienabilidade desejada pela testadora não se opera no campo jurídico como regra eficaz, pela ausência da justa causa, que deveria ter sido aposta no testamento.

O segundo imóvel ...traz, por sua vez, um problema interpretativo, de origem gramatical, qual seja: a expressão "*pertencem unicamente aos herdeiros de P.*" (os grifos são originais).

A questão é se o "*pertencem*" refere-se ao imóvel ou ao gado e aos cavalos, mencionados em seqüência ambígua em frase anterior ("*saliente-se que tanto o gado, como os cavalos estão ferrados com as iniciais de meu nome, a sigla .... para a identificação, pertencem unicamente aos herdeiros de P.*").

Ora, se a referência houvesse sido para o Imóvel deveria haver a correta concordância, aplicando-se o verbo conjugado na 3ª pessoa do singular, ou seja, "*pertence*".

Para o deslinde da ambigüidade, me parece se faz necessária a oitiva das testemunhas, que acompanharam o ato e podem melhor esclarecer o conteúdo da vontade do testador.

Há que se referir, ainda, à hipótese de o valor deste bem transcender o valor da legítima e, tal fato, poderá ser verificado quando da formulação de plano de partilha, no curso do inventário, através de cálculos de partidor. Aplicar-se-ão, conforme o caso, as hipóteses do artigo 1967 do Código Civil, que trata da Redução das Disposições Testamentárias.

## CONCLUSÕES

Opto por sistematizar as conclusões em tópicos a seguir expostos:

1 – “*Testamento é a justa manifestação de nossa vontade sobre aquilo que queremos que se faça depois da morte*”, conforme Modestino;

2 – Legado é algo certo deixado a um herdeiro testamentário, operando-se exclusivamente em sucessões testamentárias, ou seja, aquelas realizadas mediante disposição de última vontade (testamento);

3 – A origem histórica do Testamento foi a necessidade dos romanos de continuar a reger o destino de seus bens para além da vida;

4 – Não há, no Brasil, a cultura do testamento, ou melhor, da influência da vontade para após a morte. A sucessão testamentária é uma exceção, e, portanto, causadora de dúvidas e inseguranças quanto aos seus efeitos;

5 – Testamentos são negócios jurídicos e, portanto, também estão sujeitos às regras gerais referentes aos requisitos de validade dos negócios jurídicos, ou seja: capacidade do agente; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei;

6 – A impugnação mais corriqueira dos testamentos se dá pela alegação da falta de discernimento do testador. A prova a ser realizada, nesta hipótese revela-se difícil, embora haja precedentes quanto à sua viabilidade;

7 – O patrimônio de uma pessoa é constituído enquanto ela estiver viva. Após a sua morte, bens e/ou direitos não mais são agregados. Vão compor, por raciocínio lógico, o patrimônio de seus sucessores. Assim, não podem ser objeto do testamento bens ou direitos ainda não incorporados ao patrimônio do testador, salvo que vierem a ser adquiridos até o momento da abertura da sucessão (morte);

8 – A presença do testador e das testemunhas, como requisito formal dos Testamentos é essencial para fiscalizar se o conteúdo lido é condizente com a vontade manifestada pelo testador. Se necessário for, as testemunhas serão convocadas para prestar depoimento em juízo (em eventual Ação Declaratória de Nulidade) sobre o teor do que foi lido e para dizer se a vontade do testador foi ou não observada.

9 – O testamento deixado por R. é um testamento público, com as seguintes e pertinentes características: a) em 3 momentos distintos do testamento, é feita menção ao “estado de saúde” do testador, o que poderia demonstrar, em tese, a insanidade do mesmo; b) Foram objeto de testamento específico, os seguintes bens: – Empresa; – Imóvel 1; - Imóvel 2; – O jazigo perpétuo situado no cemitério ....;

10 – Em relação à empresa, a vontade do testador está expressa de modo confuso, obrigando à realização de processo interpretativo. A interpretação da vontade do testador é o maior dos problemas em um testamento. Ela é regida pelo princípio de melhor atendimento à vontade do testador. Parece-me, desde o início de minha análise, que o testador quis deixar ao Sr. O., a administração dos negócios da empresa e, para tanto, legou-lhe percentual sobre os valores que viessem a ser recebidos no futuro. Impôs, ainda, ao

herdeiro testamentário O. dois encargos, quais sejam: o da administração do escritório e o pagamento dos percentuais destinados aos demais herdeiros. O primeiro encargo configura hipótese de nulidade, por impossibilidade jurídica do objeto; e foi a causa determinante do negócio jurídico (o que acarreta-lhe a nulidade);

11 – Em relação ao Imóvel 1, foi estabelecida cláusula de inalienabilidade pelo testador, a qual não produz efeitos jurídicos, pela ausência da justa causa, que deveria ter sido aposta no testamento;

12 – Quanto ao Imóvel 2, me parece se faz necessária a oitiva das testemunhas, que acompanharam o ato de leitura do Testamento, a fim de esclarecer o conteúdo da vontade do testador, devido à ambigüidade da redação apresentada. É possível, ainda, que o valor deste bem ultrapasse o valor da legítima.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Para quando eu morrer*. Artigo publicado no Jornal Atarde, Salvador-BA, p. 6-6, edição de 24 de abril de 2004

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. Rio. Rio de Janeiro 1975.

COLIN, AMBROISE e CAPITANT, H.; *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. Tome Troisième. Librairie Dalloz, Paris, 1936,

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*. Ed. Max Limonad. São Paulo, 1951.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nélon. *Direito Civil – Teoria Geral*. 7ª edição. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2008.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro. Forense. 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. VII (Direito das Sucessões), Ed. Saraiva, São Paulo, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro. Forense. 2003, p. 298/316.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome Troisième. Librairie Générale de Droit & Jurisprudence. Paris, 1913.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. Vol. 7, Ed. Saraiva, São Paulo, 25ª edição. São Paulo, 2002.

SOUZA DINIZ. *Código Civil Italiano*. Distribuidora Récord Editora. Rio de Janeiro. 1961.

VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a Constituição de 1988*. Belém do Pará. Cejup. 1993.