

ROBERTO DE RUGGIERO
Professor da Universidade Real de Roma

INSTITUIÇÕES
DE
DIREITO CIVIL

VOLUME III

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
DIREITO HEREDITÁRIO

Tradução da 6.ª edição italiana, com notas remissivas aos
Códigos Cíveis Brasileiro e Português pelo

DR. ARY DOS SANTOS

3.ª EDIÇÃO

inteiramente revista e adaptada aos novos
Códigos Cíveis Italiano e Português pelos

PROF. ANTÔNIO CHAVES

Catedrático de Direito Cível e Professor de Direito Comparado
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e

FÁBIO MARIA DE MATTIA

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
e Professor Assistente Doutor de Direito Cível da mesma Faculdade



1973

CAPÍTULO XXXIII

CONDIÇÕES DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

§ 143 — *Capacidade para testar e para receber por testamento*

BRUGI, *Ist.*, págs. 761, 778; PACIFICI, *Ist.*, VI, págs. 157, 169; CHIRONI, *Ist.*, II, § 468; FILOMUSI, *Dir cred.*, §§ 77-79, págs. 8, 19; ZACHARIAE, *Man.*, IV, §§ 658-660; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 648-650; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 2.887 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 539, 549, 550.

As condições ou pressupostos para que a sucessão, no todo ou em parte, se desenvolva testamentariamente são: que haja uma declaração válida de vontade do hereditando emitida na forma exigida pela lei (testamento); que ele seja capaz de dispor e o herdeiro instituído capaz de receber; que a disposição se contenha nos limites em que para certas pessoas há um direito de sucessão necessária (quota de reserva ou legítima). No capítulo seguinte falaremos detalhadamente do testamento e das suas formas e aqui das outras condições e primeiramente da capacidade para dispor e para receber.

I. *Capacidade para testar.* — Declara o código (art. 762 do cc e art. 591 do CC) que por testamento podem dispor todos aqueles que por lei não foram declarados incapazes. E, no artigo seguinte, quem sejam estes, disposição esta que deve ser completada com as dos arts. 32 e 38, do Código Penal. Constituem, pois, causas de incapacidade:

a) a *idade* quando ela seja inferior a 18 anos completos (art. 763, n.º 1 do cc e art. 591 do CC);

b) a *interdição* por enfermidade mental e, assim, não a simples inabilitação (art. 763, n.º 2 do cc e art. 591 do CC);

c) a mesma *enfermidade mental*, posto que não verificada por uma ação de interdição, e qualquer perturbação mental mesmo não habitual, isto é, passageira, desde que existisse no momento em que o testamento foi feito (art. 763, n.º 3 do cc e art. 591 do CC);

d) a *condenação* à pena de morte e à de prisão maior celular por toda a vida, que não só impede de fazer testamento, mas produz também a nulidade do que foi feito antes (arts. 32 e 38 do Cód. Pen.).

O testamento feito por qualquer destas pessoas é nulo, nem podia saná-lo o fato de ter deixado de se verificar depois a causa da incapacidade, pois o ato que nasceu nulo não se valida, ainda que seja um ato testamentário, isto posto que — vigorando o princípio segundo o qual a vontade se considera como continuamente renovada e confirmada desde o momento de confecção até ao da morte — se pudesse pensar que o menor que se torna maior, o alienado que recobrou o juízo etc., não tendo feito outro testamento quizeram dar valor ao primeiro. É necessário, para que a disposição testamentária tenha valor, que seja renovada.

É pois princípio do nosso direito — que nisto diverge do romano — que a capacidade existe no momento em que o testamento se faz e não ao tempo da morte, pelo que, tornando-se o são de mente mais tarde doente ou visado por interdição, a causa superveniente de incapacidade não prejudica o testamento feito quando não existia. É uma exceção ao princípio, cuja explicação reside na idéia da pena, a norma contrária do art. 32 do Código Penal.

Nada têm que ver com a capacidade de testar todas aquelas causas, que viciam a vontade (erro, dolo, violência) e que podem, como em qualquer outro negócio jurídico, desviar a livre determinação da vontade do testador. Aplicam-se aqui as regras gerais expostas noutra parte (vol. I, § 27), às quais se deve acrescentar, para complemento da noção, as seguintes observações relativas ao erro.

Pode este dizer respeito à pessoa a favor da qual a disposição é feita, isto é, sobre a identidade pessoal, e a disposição não pode ter efeito, pois a vontade interna não se manifestou. Mas se se trata de errada indicação da pessoa do herdeiro ou do legatário e do contexto do testamento ou de outros documentos ou fatos resulte qual a pessoa que o testador quis nomear, a disposição tem eficácia (art. 836 do cc e art. 625 do CC). Analogamente sucede quando o erro seja sobre o objeto, isto é: se a coisa legada foi erradamente indicada ou descrita, mas se tenha a certeza de que coisa o testador quis dispor (art. 836 do cc e art. 625 do CC). — Além disto, o erro pode dizer respeito ao motivo determinante da disposição. A tal respeito declara o art. 828 do cc: "As disposições a título universal ou particular fundadas sobre uma causa expressa que resulte errônea, quando ela tenha sido a única que determinou o testador, não tem efeito algum"

(art. 624 do CC). Deve pois tratar-se não de um dos motivos internos (que, como em qualquer outro negócio jurídico, da mesma forma no testamento não tem influência) mas do motivo único que determinou a vontade do testador, e de um motivo que se tenha exteriorizado, tendo sido expressamente mencionado no ato.

II. *Capacidade para receber.* — Lembradas as noções dadas mais acima (§ 136) sobre a capacidade de suceder na sucessão legítima, pois que a incapacidade aí indicada (nascido sem vida, ausente, morte antecipada, indignidade) também se aplica à testamentária pela determinação expressa da lei (art. 764 do cc e art. 462 do CC) — salvo o caso, já recordado, do não concebido filho imediato de pessoa determinada e viva ao tempo da morte do testador (art. 764 do cc e art. 462 do CC) — devem aqui considerar-se outras disposições especiais das sucessões testamentárias.

A incapacidade pode ser absoluta ou relativa; é absoluta quando com relação a todos se seja incapaz, como sucede com o nato sem vida e com o não concebido (exceto no caso previsto no § do art. 764 do cc e art. 462 do CC); relativa se apenas de determinadas pessoas não se pode receber, como, por exemplo, do tutor ou do filho adulterino ou incestuoso, que não podem aproveitar de disposições testamentárias do pupilo ou do pai natural, ou ainda se não se pode receber mais do que uma determinada quota ou medida.

a) *Entes coletivos.* Quanto à primeira categoria, é importante a questão de saber se os entes coletivos são capazes de receber, quando não tenham obtido o reconhecimento ou o tenham perdido, isto é, os entes existentes de fato ou aqueles que tenham sido suprimidos e, bem assim, os que ainda não estejam constituídos.

Visto que uma pessoa jurídica não existe senão quando se verifica o concurso dos elementos constitutivos que a seu tempo estudamos (fins, pessoas ou bens, reconhecimento pelo Estado), devia dizer-se que na falta, ainda que fosse de um só, não pudesse haver a seu favor disposição testamentária, exigindo esta como requisito essencial a existência atual e a certeza do herdeiro ou do legatário.

Mas o rigor dos princípios deve ceder em face das exigências sociais e é uma exigência que merece tutela e satisfação a de que alguém, mediante testamento, disponha a criação de certa entidade, destinando-lhe todo ou uma quota parte do seu patrimônio, ou mesmo coisas várias, isto é, instituindo seu herdeiro ou legatário uma entidade a fundar-se. A própria lei

prevê o caso e permite-o, ditando normas especiais para a criação de um instituto de beneficência a cuja fundação se destine a disposição testamentária (Lei 17 de julho de 1890 sobre obras de beneficência, art. 84, e Reg. 5 de fevereiro de 1891, art. 93) ¹.

Mas tais normas não se devem considerar restritas apenas às instituições de beneficência, pois exprimem um princípio geral aplicável a qualquer outra espécie de pessoa jurídica. A disposição é pois válida em si mesma, mas a aquisição dos bens não poderá verificar-se efetivamente se, por um lado, não se verifique com a criação o reconhecimento por parte do Estado e, por outro lado, se não houver a autorização do Governo, da qual todas as pessoas jurídicas carecem para aceitarem uma liberalidade testamentária (art. 932 do cc e art. 473 do CC).

Isto quanto às entidades a fundar, mas com tanta maior razão se deve dizer ser válida a disposição a favor de uma entidade existente de fato (por exemplo, uma associação, um círculo, uma caixa etc.). Compreende-se que ela não poderá, como tal, adquirir o legado ou tornar-se herdeira desde que não tenha obtido autorização do Governo, e uma vez que esta pressupõe o reconhecimento por parte do Estado, deverá esperar-se que venha o reconhecimento, o qual pode ser feito por modo implícito com a própria autorização para aceitar.

Pelo contrário, não são capazes por modo algum as pessoas jurídicas que foram suprimidas ou que nunca podem obter o reconhecimento por parte do Estado, visto o seu fim ser ilícito ou contrário à lei; a disposição testamentária será neste caso totalmente nula. A questão tem para a Itália uma importância especial desde que se pense nas muitas entidades eclesiásticas que as leis do Reino suprimiram, apreendendo os seus bens e proibindo-as terminantemente que ressurgissem, como, por exemplo, as ordens monásticas, as abadias, os priorados, as capelarias, os legados pios etc. A este respeito devem ser recordadas as normas contidas no Código Civil e em leis especiais.

O art. 833 do cc declara nulas as disposições feitas com o fim de instituir ou dotar benefícios simples (isto é, não tendo cura de almas), capelarias laicas e outras fundações similares, isto é, todas as outras entidades com caráter de perpetuidade, autonomia e fins de culto, não tidas

1. Cf. o que se disse no vol. I e além disso: FILOMUSI, "Sulla istituzione di un pubblico istituto da fondare" (*Foro it.*, 1904, págs. 981 e segs.); GABBA, "Intorno alla validità della istituzione in erede di un ente morale da fondarsi" (*Quest. dir. civ.*, II, págs. 3 e segs.).

direito à legítima que teria pertencido ao excluído (art. 765 do cc). A incapacidade do indigno é total, nada podendo receber da herança do ofendido.

c) *Tutores.* Total é também a incapacidade do tutor, que não pode tirar proveito das disposições testamentárias do seu administrado, feitas antes da aprovação das contas definitivas, ainda que o testador tenha morrido depois da aprovação de tais contas (art. 769 do cc e art. 596 do CC). Mas trata-se de incapacidade temporária, pois que dura até não serem feitas e aprovadas as contas, residindo a razão da proibição no perigo de, enquanto duram as relações dos negócios, o administrado não ter porventura plena liberdade de vontade. Não respeita os tutores que sejam ascendentes, descendentes, irmão, irmã, ou cônjuge do testador (art. 769 do cc e art. 596 do CC), bem como não diz respeito aos protutores ou aos curadores dos menores emancipados e dos inabilitados.

d) *Notários e testemunhas.* São incapazes, e também totalmente, os notários e qualquer outro funcionário civil, militar, marítimo ou consular que tenham recebido o testamento público no qual se tenham feito instituições ou legados a seu favor, o mesmo se dando quanto às testemunhas que tenham intervindo na confecção do ato testamentário (art. 771 do cc e art. 597 do CC), e quanto às pessoas que tenham escrito o testamento secreto, salvo (neste último caso), se o testador aprovou a disposição por sua própria mão e no ato da entrega (art. 772 do cc e art. 598 do CC e Lei notarial de 12 de dezembro de 1913, arts. 28 e 58). Pretende-se assim impedir qualquer abuso de confiança por parte daqueles que participaram na confecção do testamento, e afastar qualquer suspeita sobre a sinceridade das declarações do testador.

e) *Filhos naturais.* Devem distinguir-se três categorias, fora a dos legitimados, que em tudo são igualados aos legítimos e plenamente capazes: 1) Filhos adulterinos e incestuosos, como quanto a estes é proibido de modo rigoroso o reconhecimento, deve supor-se que a sua ilegitimidade resulta por um dos modos previstos no art. 193 do cc (e arts. 269 e 279 do CC). A lei torna-os, em tal caso, incapazes de receber dos pais qualquer liberalidade, além dos alimentos (art. 767 do cc; os arts. 593 e 594 do CC disciplinam a matéria de modo diferente). Resulta disto que quando a circunstância de adulterinos ou incestuosos não conste, a sua capacidade é plena, ninguém podendo querer limitá-la provando a sua origem ilegítima, pois que da proibição do reconhecimento deve-se deduzir a proibição de uma

tal prova³. 2) Filhos naturais simples; sendo para estes admitido o reconhecimento, mas não se tendo este verificado, deve sustentar-se que nenhuma incapacidade os atinge, pois que com respeito ao testador eles são como estranhos. 3) Filhos naturais reconhecidos; a sua capacidade é limitada apenas se concorrem com descendentes ou ascendentes legítimos do testador, visto que em tal caso não podem receber mais do que lhes é atribuído na sucessão intestada (art. 768 do cc e art. 592 do CC).

f) *Cônjuge do binubo*. Finalmente uma incapacidade parcial atinge também quem tenha desposado um viúvo ou viúva; se do primeiro casamento nasceram filhos, o viúvo ou a viúva que passe a segundas núpcias não pode deixar ao novo cônjuge uma porção maior do que aquela que deixou ao menos favorecido dos filhos do matrimônio precedente (art. 770 do cc e art. 595 do CC). Procura-se, assim, impedir que o segundo cônjuge exerça sobre o outro uma influência prejudicial aos filhos do primeiro leito e a regra é um traço do desfavor com que nas legislações passadas se olharam as segundas núpcias⁴.

Quanto a todas as incapacidades supracitadas, vigora o princípio geral que de nada valha qualquer expediente destinado a iludir o rigor da proibição. A lei pune de nulidade não só as disposições feitas sob a forma de contrato oneroso, mas também aquela que fazendo-se passar por disposição testamentária seja feita mediante interposta pessoa (instituir-se herdeiro o cônjuge de um tutor ou do notário, para, na realidade, beneficiar o tutor ou o notário).

Assim dispõe o art. 773 do cc (e art. 599 do CC), acrescentando que são reputadas interpostas pessoas o pai, a mãe, os descendentes e o cônjuge de pessoa incapaz. Desta forma estabelece-se uma presunção de interposição em relação aos citados parentes, mas não se exclui que também noutros casos se possa provar que a pessoa nomeada (por exemplo, um amigo do tutor) é uma cabeça de turco, destinado a fazer chegar os bens ao incapaz (art. 828 do cc e art. 624 do CC).

Dado finalmente um caso de incapacidade parcial (como por exemplo aquele do cônjuge do binubo ou do filho natural não reconhecível), pergunta-se a quem deva aproveitar a parte da deixa que excede à medida

3. Cf. VENZI in PACIFICI, *Ist.*, VI, págs. 222, letra o e 223, letra p.

4. Cf. DEL VECCHIO, *Le sec. nozze del coniuge superstite*, Florença, 1885; VEDANI, "Seconde nozze" (in *Dig. it.*); MANARESI, in *Arch. giur.*, XXIV, págs. 458 e segs.; TISCORNIA in *Legge*, 1908, págs. 2.263 e segs., 2.445 e segs. Quanto à parte histórica cf. SABROLI, *St. dir. it.*, 8.^a ed., §§ 443, 444.

permitida. A solução será diferente conforme os casos; aproveitará aos chamados conjuntamente com o incapaz quando haja lugar ao direito de acrescer, ou aos substituídos, se houve substituição no testamento, ou ainda aos sucessores por lei, respeitando-se quanto ao excedente a sucessão *ab intestato*.

§ 144 — *Limites à liberdade de dispor*

BRUGI, *Ist.*, §§ 98, 121; PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 394; CHIRONI, *Ist.*, II, §§ 484, 485, 488; ZACHARIAE, *Man.*, VI, §§ 687-700; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 677-690; PLANIOL, *Traité*, III, n.º 3.047; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 576-586⁵.

Conceito e natureza da reserva. — Assim como para a capacidade para receber há pessoas cuja capacidade é limitada a determinada medida, da mesma forma quanto à faculdade de dispor há casos em que o testador — posto que plenamente capaz — não pode exceder determinada medida quanto a certas pessoas. São estas aquelas a quem a lei atribui uma quota de reserva ou legítima, e como para além dessa quota o testador tem liberdade, costuma-se chamar *disponível* a parte que se subtrai a qualquer vínculo e *não disponível* a outra, formada pelas legítimas pertencentes aos vários herdeiros *reservatários*. Há assim uma sucessão necessária, no sentido (já noutro lugar explicado) de ter lugar contra a vontade do *de cuius*, por força da lei, que não só supre a falta de vontade do defunto, mas dispõe imperativamente, proibindo diferente atribuição dos bens. Não significa isto, porém, uma incapacidade, mesmo parcial, estabelecida por lei quanto ao hereditando, mas apenas uma limitação à liberdade de dispor, conferindo a determinados parentes uma quota intangível do acervo e fundando-se aqui, mais do que nunca, no conceito da comunhão doméstica. Na verdade, nem a todas as pessoas chamadas por lei é atribuída uma quota de reserva, mas só àquelas que estão mais intimamente ligadas ao defunto por vínculos de sangue ou de casamento e que constituem o consórcio familiar em sentido estrito: os descendentes, os ascendentes, o cônjuge, quanto aos quais, mais do que quanto a qualquer outro parente, é verdadeira e apropriada a idéia da comunhão doméstica.

5. Cf. também BROCHER, *Étude sur la légitime et les réserves*, 1868; BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, Paris, 1873; DE PIRRO, "Contributo alla dottrina della legittima" (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XVIII, 1894); SALIS, *La successione necessaria nel dir. civ. it.*, Pádua, 1929.

Resultado da combinação do instituto da *portio legitima* do direito romano (na qual se parte da liberdade de testar mas se restringe esta faculdade, impondo ao testador a obrigação de deixar qualquer coisa ao herdeiro legitimário) e do instituto da reserva do direito germânico e consuetudinário francês (no qual se parte da compropriedade doméstica, que exclui a liberdade de testar e se admite excepcionalmente uma faculdade limitada de disposição a favor de estranhos, devendo o restante patrimônio ser reservado para os filhos) — a legítima ou reserva do nosso direito inspira-se em ambos os institutos de que tem origem e representa uma justa conciliação entre o princípio do livre arbítrio do proprietário, ao dispor de suas coisas, e aquele da legítima expectativa dos membros da família. Proibindo ao testador, quando haja descendentes, ascendentes ou cônjuge, que disponha a título universal ou a título particular de todos os seus bens, a lei quer que se assegure a estas pessoas um mínimo, que varia conforme a espécie dos legitimários, mas em regra consiste numa quota fixa, seja qual for o seu número.

Se depois disto se pergunta qual seja o caráter da sucessão necessária e qual a índole jurídica da reserva, deve responder-se que se trata de uma sucessão legítima e que a reserva é uma quota de herança.

Legítima é a sucessão dos reservatários, pois que eles são chamados por lei e não pelo testamento; pouco importa que o testador respeitando o limite, tenha instituído na reserva o legitimário. Mas é manifesto que em outro qualquer caso, se o legitimário for instituído ou em todo o acervo ou numa quota que exceda a porção da legítima, isto é, também numa parte da disponível, a sucessão tem caráter testamentário, já não havendo que falar de reserva quanto a quem receba mais; a legítima é como que absorvida na quota maior. Aplicar-se-ão por isso, no primeiro caso, todas as regras da sucessão *ab intestato*, e no segundo caso as da sucessão testamentária.

A porção da legítima é quota hereditária (art. 808 do cc e art. 536 do CC) pelo menos até onde seja devida em propriedade plena, como sucede para os descendentes e para os ascendentes. Quer isto dizer que quem sucede na legítima é herdeiro, isto é, sucessor a título universal e não particular. Daqui resultam todas as conseqüências que se ligam à qualidade de herdeiro: o herdeiro legitimário tem a posse de direito dos bens hereditários, tem comunhão sobre eles, tem o direito de petição de herança, mas por outro lado, também como herdeiro, é obrigado a pagar os encargos hereditários em proporção da sua quota e mesma *ultra vires*, não podendo

como reservatário fugir à responsabilidade dos débitos deixados pelo defunto. Responde, assim, também pelos legados, se estes são feitos não aos seus co-herdeiros, mas a terceiros estranhos e ele não tiver aceito a benefício de inventário (art. 972 do cc e art. 564 do CC). Onde mais claramente se vê que a reserva é quota de herança e não legado, é face à renúncia; ao passo que o herdeiro, ao qual o testador deixou um legado, pode renunciar à herança sem perder o direito de pedir aquele (art. 945 do cc e art. 521 do CC), pelo contrário o legitimário instituído herdeiro não pode, se renuncia à herança, reter ou obter qualquer coisa a título de legítima (art. 1.003 do cc e art. 521 do CC).

Porém, não se verifica este caráter, quando a reserva não venha a tocar em propriedade plena. A afirmação que a porção legítima é quota de herança é feita pelo código só para aquela dos descendentes e dos ascendentes (art. 808 do cc e art. 536 do CC), o mesmo não se dizendo quanto à quota do cônjuge, que a obtém apenas em usufruto e que por isso se deve considerar como um sucessor a título particular, um legatário *ex lege*.

Decorre do que até aqui foi dito que a reserva é por sua natureza intangível, de modo que o testador não lhe pode impor qualquer encargo ou condições, nem pode de modo algum diminuí-la ou atacá-la (art. 808 do cc e art. 549 do CC). Abstração feita do cônjuge e dos filhos naturais, aos quais a respectiva porção pode ser paga em gênero ou em dinheiro (arts. 819, 815, 744 do cc e arts. 541 e 574 do CC), a legítima é devida aos descendentes e ascendentes em plena propriedade e *in natura*, isto é, em bens hereditários, não podendo ser convertida pelo testador ou pelo herdeiro em outros valores, ainda que economicamente maiores. Portanto qualquer cláusula que implique ou sub-rogação dos bens hereditários com outras vantagens patrimoniais ou limitação à livre disponibilidade da quota, é ineficaz.

Bem pode, pelo contrário, o testador, que deixe ao legitimário alguma coisa além da quota de reserva, onerar a parte disponível com encargos, como bem lhe pareça. Assim, neste caso — isto é, quando o testador atribua ao reservatário um emolumento superior ao da simples quota de reserva — pode esta ser onerada com encargos. Isto está em aberto contraste com a norma da intangibilidade absoluta; mas porque é justificado pela maior vantagem que o legatário pode ter aceitando com a liberalidade a reserva onerada, o princípio fica ileso graças à chamada *cautela sociniana*, isto é, a faculdade dada ao herdeiro legitimário ou de aceitar o dito emolumento com o encargo imposto à reserva, ou de não aceitar o encargo e contentar-se só com a legítima. Aplicação deste expediente, que é ao mesmo

tempo um meio oportuno para eliminar cálculos difíceis, está no caso encarado no art. 810 do cc, isto é, quando o testador disponha de um usufruto ou de uma renda vitalícia, cujo rédito exceda o da porção disponível, ou disponha da simples propriedade de uma quota excedente a citada porção (art. 550 do CC). Os herdeiros legitimários aos quais, em tal hipótese, é dado além da reserva a simples propriedade da disponível ou, respectivamente, o seu usufruto mas recebem a própria quota de reserva onerada de usufruto ou, respectivamente, diminuída da simples propriedade, têm a faculdade de escolher entre exigir a disposição ou de abandonar a propriedade e respectivamente o gozo da porção disponível, ficando só com a legítima, mas livre de qualquer encargo.

Categorias dos reservatários. — As normas ditadas pelo código nesta matéria, encaram separadamente a legítima devida aos descendentes e aos ascendentes (arts. 805-811 do cc e arts. 536 e segs. do CC) e os direitos pertencentes ao cônjuge supérstite e aos filhos naturais (arts. 812-820 do cc e arts. 542 e segs. do CC), sendo intrinsecamente diversa a condição jurídica desta segunda categoria, principalmente pelo que diz respeito ao cônjuge.

a) *Descendentes.* Posto o princípio de que o testador, que não deixe descendentes, ascendentes ou cônjuge, pode dispor de todos os seus bens a título universal ou particular (art. 809 do cc), a lei estipula em metade do acervo a quota reservada aos filhos, sendo esta a sua porção legítima, fixa na sua medida, seja qual for o número dos filhos (art. 805 do cc e art. 537 do CC), de modo que se for um só, fica com toda a metade e, se forem vários, se divide por todos em partes iguais. Sob o nome de filhos estão compreendidos tanto os descendentes imediatos, isto é: os legítimos, os legitimados e os que lhe são equiparados, quer dizer: os adotivos, como os ulteriores descendentes em grau mais remoto, isto é, netos, bisnetos etc. (art. 806 do cc e art. 536 do CC). Mas pelo que respeita aos últimos, nas relações entre eles, a divisão faz-se sempre tendo em atenção os filhos; como diz o código (art. 806 do cc e art. 536 do CC) os descendentes só se contam por aquele filho que representam, seja qual for a causa pela qual o filho não vem à sucessão.

b) *Ascendentes.* Visto que os filhos e seus descendentes excluem qualquer outro parente, só se passa aos ascendentes na sua falta. A porção legítima destes é também uma quota fixa da herança: um terço. Cabe em primeiro lugar aos pais ou ao único deles que viva e em segundo lugar, quando faltarem ambos os pais, aos ulteriores ascendentes da linha paterna e

materna, de modo que o grau mais próximo exclua o mais remoto (seja qual for a linha a que o ascendente pertence) e, se houver de grau igual em ambas as linhas, o terço subdivide-se, cabendo metade aos da linha paterna e outra metade aos da materna.

c) *Cônjuge supérstite.* O princípio abraçado pela lei é o de que ao cônjuge caiba sempre uma quota, concorra ele seja com quem for e desde que não haja contra ele uma sentença de separação pessoal com trânsito em julgado. Mas a reserva é sempre em usufruto e além disso não consiste sempre, como sucede nos outros legitimários, numa quota fixa, visto que a medida desse usufruto é variável ou fixa, conforme as pessoas que com ele concorram. — Portanto, se o defunto deixar filhos legítimos ou seus descendentes, a quota do cônjuge é o usufruto de uma porção igual àquela que caberia a cada filho a título de legítima, compreendendo no número dos filhos também o cônjuge (art. 812 do cc e art. 542 do CC); a quota é neste caso variável e o máximo é em qualquer hipótese o quarto da herança. — Se o testador não deixar descendentes, mas ascendentes, a parte reservada ao cônjuge é o usufruto de uma quarta parte de todo o acervo (art. 813 do cc), sendo neste caso a quota fixa (matéria esta regulada no art. 544 do CC). — E fixa é ainda, mas elevada a um terço e sempre em usufruto, quando, não existindo descendentes nem ascendentes, o cônjuge se ache em concurso com qualquer outro parente ou estranho (art. 814 do cc e art. 540 do CC).

Do fato da quota ser em usufruto decorre que o cônjuge reservatário não é herdeiro, mas um legatário *ex lege*. Para mais os herdeiros têm a faculdade, sejam eles quais forem, de satisfazer os seus direitos assegurando-lhe uma renda vitalícia ou mediante a consignação dos rendimentos dos bens imóveis ou de capitais hereditários, a determinar por acordo, ou, na falta deste, pela autoridade judiciária (art. 819 do cc e art. 547 do CC). É no entanto tratado como um legitimário próprio e verdadeiro quanto aos direitos e às garantias para assegurar a plena satisfação dos seus direitos (art. 820 do cc); enquanto estes direitos não forem satisfeitos, conserva os seus direitos de usufruto sobre todos os bens hereditários (art. 819 do cc e art. 547 do CC).

Deve observar-se finalmente, por um lado, que a porção devida ao cônjuge não implica diminuição da legítima pertencente aos descendentes ou aos ascendentes, e forma assim uma detração da parte disponível (art. 818 do cc); por outro lado que o cônjuge, não respondendo pelos encargos hereditários, é em compensação obrigado a imputar sobre a sua quota

tudo quanto lhe seja deixado por testamento ou lhe tenha advindo por efeito de convenções antenupciais (art. 820 do cc).

d) *Filhos naturais.* Também aos filhos naturais reconhecidos cabe uma quota de reserva, mas, ao contrário do que se dá com o cônjuge, é uma quota em propriedade, que por isso confere a qualidade de herdeiro, não obstante a faculdade dada aos filhos legítimos de a satisfazerem pelos modos estabelecidos pelo art. 744 do cc e art. 574 do CC (art. 815 *in fine* do cc e arts. 541 e 592 do CC). Portanto, se os filhos naturais concorrem com filhos legítimos ou com ascendentes, a sua cota é metade daquela que lhes teria cabido se fossem legítimos (art. 815 do cc e arts. 541, 549 e 592 do CC). É pois variável se o concurso é com filhos legítimos, diminuindo ao modo que aumenta o número destes, sendo fixa se o concurso é com ascendentes, consistindo sempre no quarto. — Se não há nem descendentes nem ascendentes legítimos, a quota é também fixa e de dois terços da quota que lhes teria cabido se fossem legítimos (art. 816 do cc e art. 539 do CC que regula de modo diferente), ou por outras palavras 2/3 da metade do acervo, o que equivale a 2/6 da totalidade do acervo.

Os direitos supra-indicados do filho natural passam para os seus descendentes legítimos, se ele morreu antes do *de cuius*, for ausente ou indigno (art. 817 do cc e art. 468 do CC). Assim como para o cônjuge, também para o filho natural vigora o princípio que a sua porção não implica diminuição da reserva dos outros legitimários, devendo ela deduzir-se da parte disponível (art. 818 do cc), e devendo também o filho natural sobre ela imputar tudo quanto lhe tenha sido deixado por testamento ou que haja recebido em vida do pai e esteja sujeito a imputação (art. 820 do cc). Ao lado, pois, de qualquer outro legitimário, tem as ações e as garantias que asseguram a plena satisfação da reserva (art. 820 do cc).

Ação de redução. — O meio conferido ao reservatário, cuja quota tenha sido lesada pelo defunto com liberalidades quer por atos entre vivos, quer por atos *mortis causa*, para salvar a sua quota, é a ação de redução, que reproduz em parte a antiga *actio ad supplendam legitimam* e a *querela inofficiosi testamenti*. Por seu intermédio ataca as liberalidades praticadas pelo defunto excedendo os limites da quota disponível, feitas seja a quem for e por que modo for, e obtém a sua redução até o limite da quota disponível (arts. 821-826 do cc e arts. 553 e 554 do CC) quanto à redução das disposições testamentárias; arts. 1.091-1.096 do cc (e arts. 555 e 559

do CC) quanto à redução das doações. Compreende-se que, para agir assim, se devem ter feito antes as competentes operações de cálculo, a fim de determinar se há ou não lesão da quota de reserva, e a propósito remetemos para o que dissemos mais acima sobre reunião fictícia, avaliação e imputação (§ 13). O ponto substancial é aqui que, para determinar a legítima, se deve considerar não só quanto o defunto tenha efetivamente deixado, isto é, os bens existentes no acervo no dia da morte, deduzido o passivo, mas também tudo quanto saiu do seu patrimônio por atos de liberalidade, seja a favor dos próprios legitimários, seja de outros herdeiros ou estranhos e tenha ou não havido dispensa de colação (art. 822 do cc e art. 556 do CC). É sobre tal massa que se faz a avaliação, tomando os bens hereditários segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, e os bens doados segundo o seu valor ao tempo da doação, se forem móveis e conforme o seu estado ao tempo da doação e o seu valor ao tempo da morte do doador, se forem imóveis (art. 822 do cc e art. 556 do CC).

A ação de redução tem cabimento quando, em face do cômputo citado, resulte que o defunto dispôs em vida ou por morte numa medida superior àquela que lhe era permitida (arts. 821, 1.091 do cc e arts. 554 e 555 do CC). As primeiras liberalidades a serem atingidas são as disposições testamentárias, pois que quando o valor das doações exceda ou iguale a quota disponível, é evidente que o testador já não tinha margem para ulteriores disposições, de modo que devem ficar sem efeito todas as que foram feitas testamentariamente, quer a título de herança, quer de legado (art. 823 do cc).

Pelo contrário, se havia margem, mas ela foi superada com as disposições testamentárias (quer por elas só, quer conjuntamente com as doações se tenha excedido a quota disponível) as liberalidades testamentárias serão reduzidas no que for necessário para restabelecer a integridade da quota de reserva, e serão reduzidas todas proporcionalmente, sem fazer distinção entre herdeiros e legatários, nem entre testamento posterior e anterior (art. 824 do cc e art. 558 do CC), sendo no entanto dada a faculdade ao testador de quebrar a igualdade de tratamento, declarando quais as que deseja que sejam deixadas íntegras de preferência a outras, de modo que a redução não poderá em tal caso fazer-se senão sobre as outras (sempre sob o critério da proporcionalidade) e nas liberalidades preferidas não se faz redução senão no caso do valor das outras não ser suficiente para completar a porção da legítima (art. 825 do cc e art. 558 do CC).

Somente quando com a redução, até à totalidade, das liberalidades testamentárias não se consiga ainda integrar a quota de reserva, se passa à redução das doações, não se reduzindo estas todas e proporcionalmente, mas uma a uma sucessivamente, partindo da mais recente para a mais remota, de modo que não se reduz a doação mais antiga senão quando o valor da mais recente seja ainda insuficiente para reconstituir a quota da reserva (arts. 1.091, 1.093 do cc e arts. 555 e 559 do CC). Mediante tal ação, as doações por ela abrangidas são rescindidas; os imóveis doados voltam para a massa livres de qualquer débito ou hipoteca contraída pelo donatário (art. 1.091 do cc e arts. 560 e 561 do CC), o qual deverá restituir também os rendimentos do que excede a porção disponível, a começar no dia da morte do doador, se a redução tiver sido pedida dentro de um ano, e não o tendo sido, a partir do dia da propositura da ação (art. 1.094 do cc e art. 561 do CC). Se os imóveis tiverem sido alienados pelo donatário é possível uma ação de reivindicação contra os terceiros adquirentes, depois de prévia e ineficaz excussão dos bens do donatário (art. 1.096 do cc e art. 563 do CC); o terceiro deve restituir os bens à massa, quer os tenha adquirido a título gratuito, quer a título oneroso. Mas, como já notamos noutro lugar, antes de propor a ação de redução, o legitimário deve imputar à própria quota as liberalidades feitas a seu favor, quer o defunto lhe tenha feito doações sem dispensa de colação, quer as tenha feito com a obrigação de as imputar à legítima, a título de antecipada quota de reserva, ou ainda quer tenha ordenado legados a seu favor. Noutro qualquer caso as liberalidades imputam-se à quota disponível e, assim, quer sejam feitas a estranhos, quer a legitimários com expressa dispensa de colação, quer ainda a quem já não seja legitimário ao tempo da abertura da sucessão.

Outra condição para o exercício da ação de redução é que o legitimário tenha aceito e, se a redução se pede contra terceiros, que a aceitação tenha sido feita a benefício de inventário, não havendo obrigação dele quando a redução se pede contra os co-herdeiros (art. 972 do cc e art. 564 do CC); se renuncia, pode reter a doação ou pedir o legado que lhe foi feito até à concorrência.

CAPÍTULO XXXIV

O TESTAMENTO E AS SUAS FORMAS

§ 145 — *Conceito e caracteres do testamento*

BRUGI, *Ist.*, § 94; PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 150; CHIRONI, *Ist.*, II, § 469; FILOMUSI, *Dir. cred.*, II, pág. 1; ZACHARIAE, *Man.*, IV, §§ 657, 671-677; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 647, 661-667; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 2.512 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 538¹.

De todos os negócios jurídicos patrimoniais, pode dizer-se que não há nenhum que sobreleve o testamento pela importância dos efeitos que é destinado a produzir, pela solenidade das formas que o acompanham, pelos cuidados especiais de que a lei rodeia a declaração de vontade e pela qual pretende dar satisfação à vontade suprema do defunto. Ao essencialmente unilateral, espontâneo, revogável, o testamento é uma disposição de última vontade, pela qual a pessoa regula o destino do seu patrimônio depois da sua morte, e regula as relações jurídicas para o tempo em que já não exista, vontade suprema que vigora quando o sujeito desapareceu e que, precisamente por isso, mais do que qualquer outra declaração exige respeito e impõe escrupulosa obediência. Se era inexato em direito romano (no qual a instituição de herdeiro era condição essencial para a existência do testamento) tem no entanto valor no nosso direito a bela definição de MODESTINO (fr. I. D. 18, 1): "*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententiae de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*". Uma vez que o nosso direito não exige instituição de herdeiro, nem que o testador disponha da totalidade do patrimônio, qualquer ato destinado a regular, mesmo uma parte apenas que seja das relações jurídicas, para depois da morte, é testamento quer dele nasça um herdeiro, quer um legatário. É na verdade

1. Cf. também PALUMBO, *Testamento romano e testamento longobardo*, Florença, 1892; LAMBERT, *La tradition rom. sur la succ. des formes du testament dev. l'hist. com.*, Paris, 1901; MELUCCI, *Il testamento*, Nápoles, 1914; VITALI, "Del testamento collettivo" (nos *St. per Schupfer*, III).

princípio próprio do direito novo que o testador tenha a máxima liberdade tanto para exprimir a sua vontade como para esgotar ou não os seus bens entre os sucessores por ele designados; as disposições testamentárias — diz o art. 827 do cc e art. 588 do CC — podem fazer-se a título de instituição de herdeiro ou de legatário, ou sob qualquer outra designação destinada a manifestar a vontade do testador. Este conceito está de acordo com a definição legal dada pelo código (art. 759 do cc): “O testamento é um ato revogável, pelo qual qualquer pessoa, segundo as regras estabelecidas pela lei, dispõe, quanto ao tempo em que tenha cessado de viver, de todos os seus bens ou de parte deles a favor de uma ou mais pessoas” (ver art. 587 do CC).

Da definição supra-referida e das outras normas ditadas pelo código resultam os seguintes caracteres do ato testamentário:

a) É, antes de mais, um negócio *unilateral*, pois que é única a declaração de vontade que lhe dá vida, a do testador. A declaração de aceitação do herdeiro ou do legatário não tem a função — como a aceitação da oferta num contrato — de integrar ou completar o negócio, mas, como outro ato unilateral, é separada e independente. — A tal ponto se leva a unilateralidade que não se consente que no mesmo ato tomem parte duas pessoas, isto é, se emitam declarações de vontade de mais do que uma só pessoa. E, na verdade, por um lado não poderia o contemplado intervir no testamento para emitir a sua aceitação prévia, pois em tal se poderia ver um pacto sobre sucessão futura (que é nulo, art. 1.118 do cc e art. 458 do CC) ou uma causa de limitação da liberdade e da espontaneidade da disposição; por outro lado não é consentido a duas pessoas (nem mesmo sendo cônjuges) que disponham reciprocamente uma a favor da outra (*testamento recíproco*) ou que façam testamento juntamente no mesmo ato ainda que a favor de um terceiro ou de duas pessoas diversas (*testamento conjunto*). O testamento conjunto e mais ainda o testamento recíproco e conjunto são rigorosamente proibidos pela nossa lei (art. 761 do cc e art. 589 do CC) a fim de deixar, tanto quanto possível, livre de qualquer influência estranha e absolutamente espontânea a vontade de quem testa.

b) O testamento é *ato de última vontade* ou *mortis causa*. Ser de última vontade significa, por um lado, que é destinado a produzir os seus efeitos unicamente depois da morte do declarante, não podendo produzir qualquer em vida, nem mesmo como efeito prodrômico ou preliminar, uma vez que precisamente nisto consiste a contraposição entre ato *mortis causa* e ato *inter vivos*; por outro lado, que a vontade expressa no testamento se

considera (seja qual for o momento em que é emitida) como a sua vontade extrema e assim mantida firme, quase renovada de momento a momento, desde o dia da confecção do testamento até ao dia da morte. É assim que, por maior que seja o intervalo entre um e outro instante, o testamento não perde eficácia, ainda que um ou vários dos objetos nele contemplados já não existam ou uma ou outra das disposições nele contidas já não tenham aplicação. Assim é também que, se o testador tiver posteriormente perdido a capacidade de testar (por exemplo, por ter enlouquecido), o testamento permanece no entanto válido, considerando-se como última vontade, senão da vida corpórea, pelo menos da vida intelectual.

c) É um ato essencialmente *revogável*: "*Ambulatoria est voluntas defunctis usque ad vitae supremum exitum*" (fr. 4 D. 34, 4). Pode pois o testador, em qualquer momento, modificar as suas disposições, ou destruir e anular as já feitas, sem as substituir por outras². É pois nula qualquer renúncia à liberdade de revogar ou mudar as disposições, sendo sem efeito qualquer cláusula ou condição contrária (art. 916 do cc e art. 679 do CC), e pode por isso ficar anulado o próprio testamento se a intervenção de um terceiro estranho violar, com o princípio da espontaneidade, o da livre revogabilidade, como se dá no testamento feito com convenção ou no testamento coletivo.

d) É um ato de *disposição de bens*, o que decorre da definição legal, na qual se fala de disposição de todos os bens próprios ou de parte deles. A disposição pode ser a título universal, isto é, compreender a universalidade dos bens ou uma sua quota (por exemplo, um terço, um quarto) e atribui a qualidade de herdeiro; ou a título particular, isto é, conferir um ou mais direitos separados, e atribui a qualidade de legatário (art. 760 do cc e art. 588 do CC). É indiferente o modo pelo qual o testador se exprima, pois o que importa é a substância da disposição e não as palavras; seria sempre herdeiro aquele a quem o testador tivesse declarado deixar como legado todo o seu patrimônio, metade ou um terço dos seus bens, e vice-versa legatários aqueles entre os quais tivesse distribuído, esgotando o acervo, todos os seus bens, com atribuições de várias coisas. Mas de ser o conteúdo do testamento uma disposição patrimonial não decorre nem que ele não possa conter também outras declarações de vontade e, porventura,

2. Sobre o modo de entender esta revogabilidade em direito romano e também para a negar substancialmente, cf. HOFMANN, *Krit. Studien im röm. Recht*, Viena, 1885, pág. 170 e SUMAN, *Favor testamenti*, págs. 124 e segs. Sobre a evolução do conceito cf. LESSONA, *La revocabilità del testamento nella sua evoluzione storica*, Florença, 1886.

ser todo ele constituído por disposições não patrimoniais, nem que a disposição deva respeitar necessária e exclusivamente aos bens próprios. Pode no testamento, por exemplo, conter-se o reconhecimento de um filho natural (art. 181 do cc e art. 254 do CC), nomear-se um tutor (art. 242, do cc e art. 348 do CC), ditarem-se à viúva as condições para a educação dos filhos e administração dos bens (art. 235 do cc e art. 338 do CC)³. Por outro lado, posto que normalmente não se possa dispor senão dos bens próprios, pode no entanto legar-se uma coisa alheia, surgindo assim para o herdeiro a obrigação ou de a adquirir para a entregar ao legatário ou de pagar a este o seu justo preço (art. 837 do cc e art. 651 do CC); ou legar-se coisa pertencente ao herdeiro ou ao legatário, que serão assim obrigados a dá-la ao terceiro beneficiado (art. 838 do cc); ou finalmente onerar o herdeiro com legados que excedem o compêndio hereditário, disposições que são em definitivo (para o herdeiro que aceite e em virtude do princípio da confusão) própria e verdadeiramente disposições do patrimônio alheio.

e) Este último ponto faz levantar a questão de saber se o testamento, sendo um ato de disposição patrimonial, deva ao mesmo tempo ser necessariamente um ato de *liberalidade*. Deve responder-se que não; bem pode a herança ser passiva e representar um ônus pesadíssimo para o herdeiro, que aceite pura e simplesmente; bem pode a herança ativa ser onerada com legados que esgotem por completo o seu acervo, ou conceder-se um legado com um ônus tal que destrua o benefício. O fato de na maioria dos casos ser lucrativa para o beneficiado, não implica que a disposição testamentária seja sempre um ato de liberalidade, podendo às vezes faltar assim o ânimo liberal.

f) Finalmente o testamento é ato *formal e solene*. São precisos para a sua existência não só o ato escrito (que é pois requerido *ad substantiam*, como elemento essencial do negócio), mas outros formalismos e solenidades, que não podem ser dispensados nem substituídos por outros idênticos. É tendo em atenção estas diversas formas, de que a vontade testamentária se deve revestir, que a lei distingue os testamentos ordinários, os testamentos especiais e, dentro de cada grupo, espécies diversas, das quais se falará no parágrafo seguinte. Aqui basta acrescentar que em caso algum é reconhecida eficácia à vontade manifestada oralmente (testamento *nuncupativo*),

3. Mais do que um escritor afirma que sendo o testamento por definição (art. 760) um ato de disposição de bens, não são disposições testamentárias as que citei no texto e outras análogas (ver art. 587 do CC). Assim, por exemplo, SANTI ROMANO, "Appunti sulle disposiz. test. attinenti al dir. di famiglia" (in *Annali Univ. Perugia*, vol. VIII, 1931).

ainda que seja séria, certa e facilmente provável tal vontade. A instituição de herdeiro ou de legatário não pode nunca deixar de constar de um ato escrito⁴ e este ou vem diretamente do testador (como no ológrafo) ou do notário que recolheu e reduziu a escrito a declaração oral do testador (testamento público) ou ainda é ato de um terceiro e do notário conjuntamente (como no testamento secreto feito por mão alheia).

§ 146 — *Formas e espécies de testamento*

BRUGI, *Ist.*, § 85; PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 235; CHIRONI, *Ist.*, II, §§ 469-473; FILOMUSI, *Dir. ered.*, pág. 52; ZACHARIAE, *Man.*, IV, §§ 678-684; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 668, 674; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 2.678 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 540, 541⁵.

Não basta o escrito no testamento, sendo ainda precisas outras formalidades para haver uma declaração válida. Prevendo as várias contingências em que se pode encontrar o testador, e as diversas exigências que pode querer satisfazer (não saber escrever ou o temor que o escrito lhe seja roubado; o querer guardar secretas as suas disposições até ao dia da morte etc.), a lei faculta meios diversos e impõe formas próprias, para que a vontade seja sóbria e maduramente determinada, para que não sofra qualquer pressão ou influência estranha, para que, uma vez manifestada, não surja qualquer dúvida sobre a sua identidade e sinceridade. Daqui as várias espécies de testamento, que podem ser ou aquelas do *testamento ordinário*, isto é, quando as condições de tempo e de lugar são normais, ou aquelas dos *testamentos especiais*, quando tais condições sejam mais ou menos gravemente perturbadas por virtude de guerra, de epidemias etc. — São três as formas ordinárias do testamento: o testamento *ológrafo* é o testamento por ato notarial (art. 774 do cc e art. 601 do CC), que se subdivide em *público* e em *secreto* (art. 776 do cc e art. 601 do CC). Três também são as dos testamentos especiais: o testamento *em tempo de peste* (arts. 789-790 do cc e arts. 609 e 610 do CC), o testamento *marítimo* (arts. 791-798 do cc e arts. 611 a 615 do CC), e o testamento dos *militares em tempo de guerra* (arts. 799-803 do cc e arts. 617 a 619 do CC).

4. E outras estipulações? Cf. COGLIOLO, "Di una disposizione orale mortis causa" (*Scritti vari*, II, págs. 298 e segs.).

5. Cf. também VITALI, *Della forma del testamento italiano*, Placência, 1882-86; *id.*, "Sulla sigillazione come formalità essenziale del test. segreto" (*Foro it.*, 1905, I, págs. 1.044 e segs.); POLACCO, *Testamento pubblico*, Pádua, 1879; MELUCCI, *Il testamento*, Nápoles, 1914; RUSNITZI, *Das eigenhändige Testament*, Berlim, 1908.

1. *Testamento ológrafo*. — É esta a espécie mais simples e que requer um mínimo de formalidades, visto que tudo se reduz a ser inteiramente escrito pela mão do testador, por ele datado e assinado (art. 775 do cc e art. 602 do CC). Nada mais requer a lei, nem uso de escrito especial, nem assistência de testemunhas, nem depósito num arquivo ou entrega a um oficial público; toda a formalidade se resume no escrito inteiramente feito pelo punho do testador e desde que este saiba e possa escrever, representa o meio mais fácil, a todos acessível, e que melhor que qualquer outro mantém segredo não só sobre o conteúdo das disposições, mas sobre o próprio fato de alguém ter testado. Mas a esta simplicidade de formas corresponde um inflexível rigor na sua observância: a garantia que a letra seja do testador, que no momento indicado ele tenha testado, que ninguém tenha intervindo durante a sua confecção de modo a perturbar a espontaneidade e serenidade da vontade, é assegurada considerando-se a nulidade radical do ológrafo em que, ainda que numa parte mínima, não se tenha observado a forma prescrita (art. 804 do cc e arts. 606 e 619 do CC). Deve pois o escrito ser totalmente do punho do testador, sem auxílio de meios mecânicos de escrita, sem intervenção de terceiros que durante a confecção acrescentem qualquer palavra ainda que irrelevante para a substância das disposições, com a letra em que o testador vulgarmente escreve, com a consciência do que escreve, não se prescrevendo uma linguagem determinada, nem se proibindo que o texto tenha sido preparado por outrem (como freqüentemente sucede aos que não são juristas e pedem o conselho aos homens de lei). — Deve a data ser também escrita pela mão do testador, indicar o dia, o mês e o ano em que foi feito, a fim de que seja certo o momento em que o testamento foi feito e, assim, facilmente controlável se naquele instante o testador tinha capacidade para dispor, se um testamento é posterior a outro e se o segundo revogou o primeiro. Uma data não verdadeira, antedata, post-data ou data inexistente, que como tal resulte do próprio contexto do testamento, produz a sua nulidade, tal como a inexistência ou falta de completamento da data, mas uma data errada por equívoco involuntário pode corrigir-se, desde que pelo próprio testamento sejam dados os elementos para a sua retificação⁶.

Todos os três elementos do dia, do mês e do ano são igualmente indispensáveis, mas nada proíbe que o momento seja pelo próprio testador identificado mediante indicações equivalentes (por exemplo, o dia de Natal

6. Sobre a data não verdadeira cf. BRUNETTI ANT., *Della data non vera nel test. olografo*, Veneza, 1900; MODICA, "La veracità nella data del testam. olografo" (*Sinop. giur.*, 1921, fasc. 394).

do ano de 1905). Deve a assinatura do testador ser feita no final das disposições, indicando-se claramente por aquele meio com que costuma dar-se a conhecer (nome e cognome, ou apelido, ou título etc.) a pessoa do testador.

Dado o concurso de todos os requisitos citados, ológrafo fica perfeito e válido. Mas para a sua execução é necessário que, aberta a sucessão, ele seja depositado, a pedido de quem quer que julgue ter interesse, num notário do lugar em que a sucessão se abriu, na presença do pretor e de duas testemunhas, lavrando-se um auto de depósito, destinado a identificar a carta testamentária (arts. 912-914 do cc e art. 620 do CC). Esta, mesmo depois do depósito, permanece o que era: um escrito privado, não bastando o depósito para a transformar num ato público.

2. *Testamento público.* — É esta a forma pela qual as disposições testamentárias são tornadas conhecidas, mas ao mesmo tempo a vontade do testador obtém a máxima garantia de respeito. Neste caso há uma participação direta do oficial público na confecção do testamento e suprime-se qualquer perigo de supressão ou de alteração. O testador declara oralmente a sua vontade ao notário na presença de quatro testemunhas ou a dois notários na presença de duas testemunhas, e o único notário ou um dos dois redu-la a escrito, fazendo a sua leitura ao testador na presença das testemunhas e fazendo menção expressa da observância de tais formalidades (arts. 777, 778, 781 do cc e art. 603 do CC). Terminada a leitura e verificada a conformidade do escrito com as intenções declaradas, o instrumento é subscrito pelo testador, pelas testemunhas e pelo notário ou pelos dois notários, isto é, por todos aqueles que nele tiveram intervenção. Não sabendo ou não podendo o testador escrever, deve-se declarar a causa que o impede e o notário fará menção desta declaração (arts. 778, 780, 781 do cc e art. 603 do CC). Visto que a declaração oral do testador é elemento essencial do ato, decorre que o mudo e o surdo-mudo não podem fazer testamento público, mas recorrer apenas ao ológrafo ou ao secreto (art. 786 do cc e art. 605 do CC admitindo esta modalidade de testamento aos surdos-mudos etc.). E porque, por outro lado, também a leitura por parte do notário é um elemento essencial, decorre que quem seja totalmente privado de audição deva (concorrendo sempre a leitura do notário feita para as testemunhas) ler ele próprio o instrumento testamentário, do que se deve fazer menção no próprio ato (art. 787 do cc). No entanto, prevendo o caso do testador não ter ouvido e não saber ou não poder ler, a lei providencia aumentando em tal caso com mais uma as testemunhas, que serão assim cinco em vez de quatro, ou três, no caso de dois notários (art. 787, §§ 1 e 2 do cc e art. 603 do CC). As testemunhas podem ser de sexo

masculino ou feminino (Lei de 9 de dezembro de 1877), mas devem ser maiores de 21 anos, nacionais ou estrangeiros residentes no reino e não terem perdido por condenação o gozo ou o exercício dos direitos civis. São inábeis os praticantes ou os amanuenses do notário que recebem o testamento (art. 788 do cc), os cegos, os surdos, os mudos, os parentes e os afins do notário ou do testador em qualquer grau da linha reta e na linha colateral até ao terceiro grau, inclusive, o cônjuge ou qualquer interessado no ato ou incapaz de assinar (arts. 28 e 30 da Lei notarial n.º 89, de 16 de fevereiro de 1913). Outras formalidades ainda, que completam as do código, sem as revogar, são ditadas pela Lei notarial de 16 de fevereiro de 1913, mas as citadas são as essenciais, isto é, aquelas que não se podem omitir sob pena de nulidade (art. 804 do cc).

3. *Testamento secreto.* — O testamento secreto é qualquer coisa de intermédio entre as duas formas precedentes, que ao passo que corresponde à maior segurança da guarda confiada ao notário, evita o inconveniente da publicidade das disposições, que se verifica no testamento público. O caráter de autenticidade é aqui dado pela entrega feita ao notário mediante solenidade que se destinam à sua identificação, mas o segredo é absoluto, pois que ou seja escrito pelo testador ou por um terceiro, o documento fica no seu conteúdo ignorado dos estranhos e mesmo do próprio notário que o recebe. Mas as formalidades, como é óbvio, são neste caso ainda maiores que no testamento público, referindo-se por um lado aos atos necessários à formação das disposições e, por outro, às operações da entrega e do recebimento por parte do notário.

a) As disposições são escritas ou pelo próprio testador ou por um terceiro por ele; se forem escritas pelo testador devem por ele ser assinadas no final (art. 782 do cc e art. 604 do CC) e compreende-se que, quando com isso concorra a data, ele é em tudo semelhante a um testamento ológrafo, donde resulta como consequência a disposição segundo a qual se tal testamento recebido pelo notário não perder, por inobservância de qualquer das outras formalidades, valor como testamento secreto, vale pelo menos como ológrafo (artigo 804 do cc e art. 607 do CC). Se pelo contrário é escrito no todo ou em parte por um terceiro, deve, além da assinatura final do testador, ter a sua rubrica em cada meia folha (art. 782 do cc e art. 604 do CC). Quando ele, sabendo ler, não saiba escrever ou não tenha podido assinar quando fez escrever as suas disposições, deve no momento da entrega ao notário declarar, além do que a seguir se dirá, também que leu o que outrem escreveu por ele e acrescentar a causa (anal-

fabetismo, impedimento físico), que o impediu de assinar (art. 784 do cc e art. 604 do CC). Resulta daqui e do preceito expresso do art. 785 do cc (e art. 604 do CC) que quem é analfabeto do modo mais completo não pode em caso algum recorrer ao testamento secreto e que o cego não pode recorrer à forma do testamento secreto escrito por outrem, visto não poder ler o que se escreveu, podendo porém, testar, fazendo ele próprio o testamento e assinando-o. Das mesmas disposições, bem como da do art. 786 do cc (e art. 605 do CC), decorre ainda que se o testador é surdo-mudo, deve escrever na presença das testemunhas e do notário que o documento apresentado contém o seu testamento e, se este foi escrito por uma terceira pessoa, acrescentar que o leu. Sendo assim, resulta ainda uma outra consequência, que é a de que o mudo ou surdo-mudo (já por isso incapaz de fazer testamento público) é também incapaz para o fazer secreto desde que não saiba ler e escrever e como nem sequer ao ológrafo pode recorrer, está pois reduzido de fato a uma absoluta incapacidade de testar.

b) Feito o testamento, seguem-se as operações da entrega. O envelope que contém as disposições ou o papel que o embrulha deve ser lacrado, de modo que não se possa abrir ou extrair o testamento sem quebrar ou alterar os lacres. Esta operação será feita pelo próprio testador ou a mandará fazer na presença do notário e de quatro testemunhas, entregando assim o documento ao notário na presença das testemunhas e declarando textualmente, de viva voz (ou por escrito se se tratar de um mudo) que nesse envólucro se contém o seu testamento (art. 783, § 1, do cc e art. 605 do CC). A seguir o notário procede à formalidade do recebimento, escrevendo no próprio documento ou no envólucro, assim fechado e lacrado, o fato da entrega, a declaração do testador, o número e o sinete dos lacres e a assistência das testemunhas a todas essas formalidades. O termo de recebimento será assinado por todos os que tiverem intervenção, observando-se no cumprimento das várias operações a unidade de contexto (art. 783 do cc e art. 605 do CC). Estas formalidades também são todas necessárias, sob pena de nulidade (art. 804 do cc e arts. 606, 607 e 619 do CC).

Assim como para o testamento ológrafo, da mesma forma para o secreto é necessário, a fim de poder ser cumprido, proceder à sua publicação quando se abra a sucessão. A pedido de quem quer que julgue ter nele interesse, o notário que o recebeu abri-lo-á e publicá-lo-á na presença do pretor e de pelo menos duas das testemunhas que intervieram no ato da entrega ou, quando estas se não encontrem, de outras duas testemunhas, a

fim de reconhecerem as assinaturas e o estado do documento, lavrando-se de todas as operações um termo ou auto (art. 915 do cc e art. 621 do CC).

4. *Testamentos especiais.* — Tendo em conta as circunstâncias extraordinárias e a dificuldade em que se pode encontrar o testador, a lei autoriza formas mais simples de testar:

a) O testamento em lugares onde lavra a peste ou outras doenças consideradas contagiosas pode ser feito, declarando-se a vontade ao notário, ao juiz, ao síndico ou ao ministro do culto, pessoas que o reduzem a escrito na presença de duas testemunhas maiores de 16 anos, assinando com o testador e as testemunhas, se estas podem e sabem escrever (art. 789 do cc e art. 609 do CC). Tal testamento, porém, caduca seis meses depois de ter acabado a doença no local onde se encontrava o testador, ou seis meses depois deste se ter transferido para local onde não houvesse tal doença (art. 790 do cc e art. 610 do CC com prazo de três meses).

b) Quem se encontre a viajar por mar pode fazer o seu testamento, que será recebido pelo comandante juntamente com o comissário, caso se trate de navios militares, ou pelo imediato juntamente com o capitão ou o patrão, se se trata de navios de comércio, na presença de duas testemunhas de maior idade (art. 791 do cc e art. 611 do CC) e lavrando-se do ato um termo em duplicado, que fica arquivado com os papéis mais importantes de bordo, sendo um exemplar entregue ao agente consular ou diplomático do primeiro porte de escala e o outro (ou ambos) à autoridade marítima do porto do País ao qual o navio regresse (art. 796 do cc e art. 613 do CC), mas também este testamento caduca se o testador não morreu no mar ou tiverem decorrido três meses a contar do desembarque num lugar onde tivesse podido fazer um novo testamento pelas formas ordinárias (art. 798 do cc e art. 615 do CC).

c) Finalmente, testamento militar é aquele feito em tempo de guerra por aqueles (militares ou outras pessoas em serviço no exército) que fazem parte de uma expedição militar tanto em país estrangeiro como no próprio País, que estejam prisioneiros do inimigo, numa praça ou fortaleza cercada pelo inimigo, ou noutro qualquer local para onde as comunicações estejam interrompidas (art. 802 do cc e art. 618 do CC). É recebido por um *Major* ou por qualquer outro oficial de patente igual ou superior, ou por um intendente militar, na presença de duas testemunhas de maioridade (art. 799 do cc e art. 617 do CC). Se o militar pertencer a corpos ou postos destacados do exército, pode também ser recebido pelo capitão ou por

outro oficial subalterno que deles tenha o comando (art. 799 do cc e art. 617 do CC) e se o testador estiver doente ou ferido, pode ser recebido pelo oficial médico de serviço, sempre na presença de duas testemunhas (art. 800 do cc e art. 617 do CC que se refere apenas a oficial da Cruz Vermelha). O testamento será reduzido a escrito pelo oficial que o recebeu assinado pelo testador, pelo oficial e pelas testemunhas e transmitido o mais rapidamente possível, em carta registrada, à Intendência Geral do Exército e por esta ao Ministério da Guerra, que ordena que seja depositado na repartição do registro do lugar do domicílio ou da última residência do testador (art. 801 do cc e art. 617 do CC). Este testamento também caduca três meses depois do regresso do testador a um lugar onde possa fazer testamento pelas formas ordinárias (art. 803 do cc e art. 618 do CC) 7.

7. Cf. o Decreto-lei n.º 109, de 30 de janeiro de 1916, bem como o Decreto-lei n.º 1.328, de 20 de junho de 1919, sobre legislação de guerra.

CAPÍTULO XXXV

CONTEÚDO DO TESTAMENTO

§ 147 — *Condições de validade das disposições testamentárias*

PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 299; CHIRONI, *Ist.*, II, §§ 474, 475; FILOMUSI, *Dir. eredit.*, II, pág. 88; ZACHARIAE, *Mán.*, IV, §§ 668-670, 702; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 654-657; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 2.871, 2.924, 2.991 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 546-550.

Qualquer disposição testamentária com conteúdo patrimonial (uma vez que o testamento pode conter outras declarações de vontade) é sempre ou uma disposição *universum jus*, de uma quota parte (por exemplo: um terço, um quarto da herança), ou uma disposição de várias coisas ou de vários complexos de coisas (por exemplo, todos os bens móveis ou todos os imóveis). No primeiro caso atribui-se a qualidade de herdeiro, isto é, trata-se de uma instituição de herdeiro; no segundo atribui-se a qualidade de legatário (art. 760 do cc e art. 588 do CC) ¹. Remetendo para os parágrafos seguintes a análise das duas espécies de disposição e a exposição das regras particulares de cada uma, devemos aqui considerar, sob um ponto de vista geral, as condições requeridas para que uma disposição testamentária seja, quanto ao seu conteúdo, válida e eficaz.

a) Em primeiro lugar, decorre dos princípios gerais do negócio jurídico, que a vontade do testador deve estar isenta de vícios. Invalidam-na, pois, o erro, o dolo e a violência. — Tem influência o erro, quer de fato, quer de direito, que verse sobre a pessoa do beneficiado; que verse sobre qualidades dele que tenham sido tidas em especial consideração pelo testador, ou que verse sobre a coisa, objeto da disposição. Mas também tem influência o erro sobre o motivo ou (como diz a lei, art. 828 do cc e art. 624 do CC)

1. Cf. GANGI, "Istituzione di erede e legato" (*Riv. dir. civ.*, XXI, 1929, págs. 1 e segs.); CICU, "La nozione di erede nel dir. vigente" (nos *St. per Zanzucchi*, págs. 159 e segs.); COVIELLO, "L'ist. di erede e il lascito di beni determinati" (*Giur. it.*, 1931, 1, pág. 1.158); SALIS, "In tema d'interpr. degli arts. 750 e 827 cc" (*Riv. dir. civ.*, XXXIII, 1931, págs. 128 e segs.).

sobre a causa da disposição, com a condição, porém, que isso tenha sido a única causa que tenha determinado o testador e seja determinado no testamento². — Não é válida a declaração que tenha sido emitida sob o império do dolo, quer este tenha sido usado para fazer dispor, quer para revogar uma disposição já feita. O dolo apresenta-se aqui muitas vezes sob as formas da *captação* e da *sugestão*, que consistem no uso de artes e meios ilícitos para induzir no ânimo do testador sentimentos diversos daqueles que tem, originando nele rancores ou suspeitas a respeito da pessoa que teria querido beneficiar, ou afetos e tendências a respeito daquela que teria desprezado. Não bastam pois o conselho, a persuasão ou as blandícias, para que se possa dizer que a vontade do testador não é livre ou menos espontânea; o meio usado deve ser ilícito, isto é, revestir os caracteres da fraude ou das manhas inconfessáveis. — É finalmente anulável a disposição que tenha sido extorquida com violência, nada importando que a violência tenha sido usada pela própria pessoa a quem a disposição aproveita ou por um terceiro³.

b) Não basta que a vontade esteja isenta de vícios, deve ser a vontade própria de quem testa e por ele pessoal e diretamente manifestada. Não se admite qualquer representação em matéria testamentária, nem na declaração (não se podendo encarregar outrem de manifestar a nossa última vontade), nem com maior razão na própria vontade (isto é, quando se encarregue um terceiro de formulá-la e declará-la como nossa própria).

Daqui resulta a regra de que não se pode deixar ao arbítrio de um terceiro nem a designação da pessoa do beneficiado, nem determinar o objeto da disposição. — Para a pessoa do beneficiado é isto declarado expressamente pelo art. 834 do cc, que, punindo de nulidade qualquer disposição feita a favor da pessoa incerta a nomear por um terceiro, encara quer a nomeação do herdeiro, quer a do legatário (art. 631 do CC). No entanto, ao passo que para o herdeiro a proibição é absoluta, exigindo-se sempre que ele seja pessoalmente designado pelo testador, para o legatário admite-se uma eficácia parcial do arbítrio de terceiro; desde que o testador tenha restringido a escolha do terceiro entre várias pessoas pelo próprio testador determinadas, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou ainda que o grupo entre o

2. Cf. CALDARERA, *Causa erronea nelle disp. di ultima volontà*, Roma, 1916.

3. Alguns, porém, sustentam que o testamento seja válido, mas que o beneficiado que usou de violência, seja considerado indigno, e outros ainda que é válido por ele como ato solene que vive da forma: Cf. SCHLOSSMANN, *Zur Lebre vom Zwang*, Leipzig, 1874; CAPORALI, "Della violenza come motivo di nullità del test." (*Riv. it. p. le sc. giur.*, IV, 1887, págs. 3 e segs.).

qual se escolhe seja uma determinada família, ou dado corpo moral, o terceiro pode validamente determinar o beneficiado (art. 834 do cc e art. 631 do CC). Para o objeto, a proibição de recorrer à vontade de um terceiro é expressa pela lei exclusivamente quanto ao legado (art. 835 do cc e art. 632 do CC), mas deve *a maiori* entender-se aplicável à medida na qual o herdeiro é chamado. A regra é que anula a disposição, que deixa inteiramente ao arbítrio do herdeiro ou de um terceiro determinar a quantidade do legado, mas faz-se exceção para os legados deixados a título de remuneração por serviços prestados ao testador na sua última doença, já que quem dispôs não teve tempo para avaliar e remunerar tais serviços.

c) Deve ser certa a pessoa do beneficiado, seja ele herdeiro seja legatário. E é certa não só quando seja individualmente designada pelo testador, mas também quando sejam dados no testamento os elementos suficientes para que de futuro se possa determinar.

Assim se deve entender o preceito do art. 830 do cc (e art. 628 do CC), que comina a nulidade de qualquer disposição (quer a título universal, quer a título particular) feita a favor de pessoa que seja incerta de modo a não poder ser determinada; o que importa é a incerteza absoluta. — A tal respeito têm uma importância especial as disposições a favor da alma ou aquelas a favor dos pobres, tendo elas merecido um tratamento especial por parte do legislador.

α) As *disposições relativas à alma* ou a favor da alma são todas as atribuições patrimoniais destinadas a sufragar a alma de um defunto, mediante obras de culto, como missas, rezas e qualquer outra espécie de sufrágio. Admitidas largamente e mesmo favorecidas no direito antigo, sobretudo no canônico, não são proibidas pelo nosso, desde que correspondam ao requisito da especificação, mediante a qual se elimina qualquer incerteza quer subjetiva, quer objetiva. Declara, na verdade, o art. 831 do cc (e art. 629 do CC) que as disposições relativas à alma, expressa genericamente, são nulas e a nulidade deriva aqui precisamente da incerteza da pessoa a quem o benefício é atribuído, pois que não se pode considerar a própria alma como o sujeito beneficiado, como herdeiro ou como legatário, não sendo ela sob nenhum aspecto uma pessoa, nem equiparável a uma pessoa. Para eliminar a incerteza do sujeito é pois preciso que seja determinada a pessoa que deve levar a efeito os sufrágios, isto é, que tem direito à quantia que se deve empregar em obras de culto; e para a certeza exigida pelo art. 835 do cc (e art. 629 do CC) quanto ao montante da deixa, é preciso que seja determinada também a soma a empregar nos sufrágios.

A especificação é dada, portanto, pela dupla determinação da pessoa chamada a recolher a quantia e do montante dessa quantia. Mas contra a doutrina comum, que diz serem suficientes aquelas duas determinações, sustenta por um lado FILOMUS⁴ que é preciso uma terceira especificação, isto é, a determinação da espécie dos sufrágios; por outro lado SCADUTO⁵ sustenta que basta a simples especificação da quantia, podendo os institutos fabriqueiros (onde existam) ou o bispado (onde tenha conservado os poderes para tratar do cumprimento dos ônus culturais) ser o órgão chamado a promover e a assegurar a execução da disposição pia⁶.

β) Aquela designação genérica, impossível nas disposições relativas à alma, já não tem influência quando a disposição seja *a favor dos pobres*. Para favorecer a causa da beneficência, a lei admite que, todas as vezes que o testador não tenha determinado as pessoas dos pobres ou o instituto de beneficência que deve aproveitar da deixa, esta fique para a congregação local de caridade, que tem a representação natural e a tutela dos pobres do lugar no qual o testador tinha domicílio ao tempo da sua morte. Assim, todas as disposições a favor dos pobres ou outras da mesma forma expressas genericamente, sem que seja determinado o uso, a obra pia ou o instituto público, quando a pessoa encarregada pelo testador de o determinar não possa ou não queira aceitar o encargo, entendem-se feitas a favor da Congregação de caridade, instituto que não falta em qualquer comuna. Mas compreende-se que, para ser válida a disposição, deva ser determinada a coisa ou a soma deixada a favor dos pobres (art. 630 do CC).

d) A necessidade da pessoa do beneficiado ser nomeada pelo testador diretamente, e o princípio irrevogável que a vontade testamentária não pode por outro modo validamente manifestar-se senão no testamento escrito, têm como consequência que já não sejam admitidas no direito civil italiano as chamadas *disposições fiduciárias*.

Era a *fiducia* um instituto largamente usado no direito antigo e mesmo favorecido pelo direito canônico e pelo qual o testador confiava ao herdeiro ou ao legatário, verbal e secretamente, o nome da pessoa a quem os bens da herança ou do legado deviam ser transmitidos, pois que segundo

4. Cf. "Delle disposizioni per l'anima o a favore dell'anima nel dir. civ. it." (*Riv. it. p. le sc. giur.*, 1, 1886, págs. 46 e segs., reproduzida em *Dir. ered.*, II, págs. 109 e segs.).

5. *Dir. ecclesiastico*, I, págs. 744 e segs.

6. Cf. RUFFINI, *Le spese di culto e le opere pie*, Turim, 1908; FALCO, *Le disposizioni pro anima*, Turim, 1911; BRANDILEONE, *I lasciti per l'anima e la trasformazione*, Veneza, 1911; id., "I lasciti per l'anima e l'art. 91 della l. sulle istituz. di pubb. beneficenza" (*Riv. dir. pubb.*, 1913, II, págs. 231 e segs.).

a intenção do testador esta outra pessoa devia ser na realidade o herdeiro ou o legatário e não a pessoa nomeada no testamento, a qual, como simples órgão de transmissão, não era senão *nudus minister*, uma testemunha da vontade da pessoa que dispunha. Tratava-se, pois, de uma espécie de testamento *nuncupativo* e secreto, no qual a pessoa do beneficiário (herdeiro ou legatário) era indicada *ad aures* do fiduciário, que só em aparência adquiria a qualidade de herdeiro ou de legatário, porque em virtude do acordo secreto com o testador, devia, depois, indicar a pessoa contemplada por ele e restituir-lhe todos os bens sem nada poder reter para si.

Vários e diversos eram os fins a que servia. Umas vezes fins lícitos, outras vezes também ilícitos (como o de fazer chegar os bens às mãos de uma pessoa incapaz), posto que para este último caso houvesse remédio para impedir que o instituto fosse usado para defraudar a lei e principalmente para violar as regras sobre incapacidade. Deixada totalmente à consciência e à honestidade do fiduciário, revelar a *fiducia*, tal revelação não era coercível e o instituto prestava-se, assim, a fáceis abusos e a proveitos indevidos, não havendo outro limite ao arbítrio do fiduciário que a proibição de se declarar a si mesmo herdeiro ou legatário, isto é, se revelar ele próprio como a pessoa secretamente indicada.

A posição tomada pelo direito francês em face de um tal instituto foi a de pronunciar a nulidade de toda a disposição testamentária contendo a fidúcia. Decorre da ordenança de 1735 (no Código Napoleônico não se fala de fidúcia) que todo o testamento vai a terra, porque, proibida qualquer forma nuncupativa de testamento, não se pode atribuir secretamente ao beneficiado a herança ou o legado, não sendo ele nomeado no testamento, e não se pode atribuí-lo ao fiduciário, porque não era a ele que se dirigia a vontade de quem dispôs.

O Código italiano (art. 829 do cc e art. 627 do CC), seguindo os passos do albertino (art. 809), seguiu caminho diverso: sancionou com nulidade a fidúcia, proibindo qualquer prova destinada a demonstrar que a disposição feita a favor da pessoa declarada no testamento seja aparente e diga respeito na verdade a outra pessoa, não obstante qualquer expressão do testamento que indique ou possa fazer presumir a existência de uma fidúcia, e manteve a nomeação do fiduciário, considerando este como o próprio e verdadeiro beneficiado, de modo que lhe pertencem os bens da herança ou do legado. O art. 829 do cc, que pela sua letra parece limitar-se a ditar apenas uma norma restritiva da prova, isto é, a proibir a prova contra o conteúdo do testamento, tem na realidade um alcance mais largo e subs-

tancial: quer atingir a fidúcia em si mesma e, por conseqüência, tira qualquer valor ao encargo secreto, nega a ação ao que foi nomeado secretamente para obrigar o fiduciário a revelar a fidúcia e a transmitir-lhe os bens, e torna ineficaz a própria revelação espontânea da fidúcia. Herdeiro ou legatário único e definitivo é, pois, aquele que foi nomeado no testamento, o que, se é, sem dúvida, um modo eficaz para combater as disposições fiduciárias, não é talvez o mais cômputo ou pelo menos o mais justo, visto se dar vigor a uma disposição que não era na realidade a desejada pelo testador. — Uma exceção à proibição da prova existe apenas no caso em que a instituição ou o legado sejam impugnados como feitos por interposta pessoa a favor de incapazes (art. 829 do cc e art. 627 do CC; cf. art. 773 do cc e art. 599 do CC): para impedir fraudes às normas sobre incapacidade, a lei permite provar que uma disposição é fiduciária, isto é, que há uma interposição da pessoa 7.

§ 148 — Instituição de herdeiro

BRUGI, *Ist.*, § 96; PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 308; CHIRONI, *Ist.*, II, § 474; FILOMUSI, *Dir. ered.*, II, pág. 94; ZACHARIAE, *Man.*, IV, §§ 720-722; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 713, 714, 719, 720, 692; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 3.006 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 551-556.

Dado o princípio enunciado nos arts. 760 e 827 do cc (e art. 588 do CC), a instituição de herdeiro não resulta já no nosso direito, ao contrário do que sucede no direito romano, da atribuição do nome de herdeiro feita pelo testador, mas do conteúdo e da substância própria da disposição. E por isso já não é também verdadeiro, como era no direito romano, que a *institutio heredis* seja a *caput et fundamentum totius testamenti*, isto é, que o testamento receba força e vigor da nomeação do *heres*, de modo que, faltando ou decaindo esta, fiquem sem eficácia todas as disposições que nele se contêm. O vigor do princípio de que a nomeação do herdeiro é o

7. Cf. BRUGI, "Dichiarazione di fiducia e fiducia testamentaria" (*Dir. e giur.*, 1912, págs. 139 e segs.); COVIELLO L., "Della fiducia nel dir. civ. it." (*Giur. it.*, 1912, págs. 95 e segs.); VENEZIAN, "Nullità assoluta della dichiarazione di fiducia test." (*Legge*, 1912, págs. 567 e segs.); MANENTI, "Della fiducia o sostituzione fiduciaria" (*St. per Senesi*, XXVIII, págs. 280 e segs.); COPPA-ZUCCARI, *La fiducia testam. nel dir. vigente*, Palermo, 1912 (e in *Scritti per Chironi*, I); DE RUGGIERO, "L'illiceità della fiducia testamentaria" (*Riv. dir. civ.*, V, 1913, págs. 433 e segs.); GABBA, "La fiducia nel dir. civ. it." (in *Quest. dir. civ.*, II, págs. 119 e segs.); LANDOLFI, *Le fiducie testamentarie*, Nápoles, 1917; GIANTURCO, *Delle fiducie nel dir. civ. it.*, Nápoles, 1882, e *Scritti vari*; AMBROSINI, A., *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria*, Nápoles, 1915-1917.

elemento essencial do testamento, levava a que o herdeiro, só por o ser, adquirisse todo o patrimônio do defunto e não que a universalidade da aquisição fosse o que produzisse o título de herdeiro. Resultavam daí algumas conseqüências, que podem parecer estranhas segundo o conceito moderno, mas que eram plenamente lógicas dado o sistema romano, conseqüências que são postas principalmente em evidência nos dois institutos do *legatum partitionis* e da *institutio ex re certa*.

Se na verdade o testador, nomeado o herdeiro, tivesse ao mesmo imposto a obrigação de dar a um terceiro uma quota parte do acervo, isto é, que dividisse o acervo com um terceiro, o beneficiado com esta disposição não seria já herdeiro ou sucessor universal (mesmo que tivesse sido o beneficiado de todo o acervo), mas legatário, ainda que sucedesse não em várias coisas mas no *universum jus* ou numa sua quota parte, e a disposição seria, pois, um legado, o chamado *legatum partitionis* ou *partio legata*. — E, vice-versa, nomeado o herdeiro, era intrinsecamente contraditória com a nomeação a instituição do herdeiro numa ou em várias coisas determinadas (*institutio heredis ex re certa*), uma vez que a atribuição de um determinado elemento patrimonial não podia logicamente conciliar-se com o título de herdeiro, que confere o direito ao *universum jus* do defunto e, assim, o fazer próprio todo e qualquer elemento patrimonial que por meio de legados não tenha sido atribuído a outros. No entanto, mais do que deduzir desta irreconciliável contradição a nulidade da *institutio* e a ineficácia do testamento, os romanos, dado o favor com que tratavam sempre a vontade testamentária, recorreram ao expediente de considerar como não escrita a menção da *certa res*: o *heres ex re certa* era considerado como *heres* puro e simples, *detracta rei certae mentione*.

Ora, nada disto vigora já no direito moderno, que destruiu a relação entre a qualidade de herdeiro e a aquisição universal; não é a nomeação de herdeiro a causa da aquisição do *universum jus*, mas da disposição a título universal decorre que o chamado é um herdeiro. A instituição de herdeiro não se liga, pois, às palavras, mas é dada pela própria substância da disposição, pois, sejam quais forem as palavras usadas pelo testador, será tido como herdeiro aquele a quem seja atribuída a universalidade dos bens ou uma quota parte deles, tendo qualquer outro beneficiado a qualidade de legatário. Igualmente desapareceram as figuras do *legatum partitionis* e do herdeiro *ex re certa*; no primeiro havia uma disposição a título universal, pois era uma quota parte do acervo que ao chamado *partiarius* se atribuída, e na *institutio ex re certa* nada de contraditório havia, devendo às vezes reconhecer-se em tal disposição ou a chamada de um herdeiro ou a de

um legatário, conforme a atribuição da coisa determinada fosse feita em função de uma quota hereditária, ou fosse acompanhada do encargo de pagar os débitos hereditários, ou ainda se fosse, verdadeira e intrinsecamente, uma disposição a título particular.

Assim, pode existir um testamento mesmo sem instituição de herdeiro e principalmente pode esgotar-se o acervo em legados, porque nada impede ao testador dividir as suas coisas com disposições particulares, sem que a qualquer dos beneficiados seja atribuída a qualidade de herdeiro. O problema consistirá então em procurar quem possa ou quem deva assumir a qualidade de herdeiro, o que tem grande importância, porque (como sabemos) só o herdeiro responde pelos débitos e pelos encargos hereditários e nunca o legatário, que responde apenas pelos que como ônus reais pesam sobre a coisa legada, ou que lhe tenham sido impostos expressamente pelo testador, e é natural que os credores devam poder saber quem tem a representação do defunto, para poderem agir contra ele.

A solução é diversa, conforme as várias hipóteses:

- a) O acervo pode não se esgotar com as disposições a título particular e então, pelo testamento, haverá só legatários, sendo herdeiro aquele legítimo.
- b) O acervo pode ficar esgotado e haver ainda um herdeiro. Será ele o herdeiro legítimo, ou quem é chamado por lei, se não se deixar guiar apenas pelo interesse econômico e aceitar a herança ainda que sem conteúdo. Mas poderá porventura ser também um ou outro dos beneficiados no testamento, ou mesmo todos juntos, se da substância das disposições, das declarações do testador, de todas as circunstâncias se puder concluir ter sido sua intenção que um ou outro ou todos os beneficiados devessem ser seus herdeiros. Se, por exemplo, a duas pessoas, que ele chama legatários, o testador tiver deixado, com enumeração singularmente feita, uma série de objetos, que na verdade esgotam ou absorvem por completo o acervo hereditário; se constar que a carga de ambas devem ficar, segundo as suas intenções, todos os débitos e encargos hereditários, tanto basta para dizer que os dois beneficiados, com disposições que têm todos os caracteres de uma disposição a título particular, sejam próprios e verdadeiros herdeiros.
- c) Mas se os beneficiados com o testamento são verdadeiros legatários e o chamado por lei não aceita a herança, falta absolutamente um herdeiro. O remédio em tal caso não pode ser dado senão pelo instituto da separação dos patrimônios. Porque, na falta de um herdeiro que responda pessoalmente e em face dos legatários, que não são obrigados nem nos limites das forças da herança nem para além, os credores que devem também encontrar satisfação

nos bens do defunto, obtém-na eles requerendo a separação dos bens da herança contra os legatários, de modo a exercer sobre os próprios bens a ação executiva⁸.

A instituição de herdeiro, tal como pode ser pura e simples, da mesma forma pode ser acompanhada de modalidades. Mas nem todas as modalidades é lícito apor à instituição.

a) *Condição*. — Nada em geral se opõe a que a nomeação do herdeiro seja condicionada. No entanto, ao passo que a condição suspensiva é sempre admissível, o mesmo se não dá com a resolutiva, porque, perdendo-se por ela, ao verificar-se a eventualidade, a qualidade de herdeiro, ir-se-ia de encontro ao princípio da irrevogabilidade da aceitação e da perpetuidade do título hereditário e violar-se-ia, as mais das vezes, o outro princípio, que proíbe as substituições fideicomissárias. Isto não é expressamente dito pelo código, que se limita a enunciar o princípio geral: poderem fazer-se as disposições, quer a título universal, quer a título particular, também sob condição (art. 848 do cc. O art. 633 do CC admite que as disposições a título universal ou particular possam ser feitas sob condição suspensiva ou resolutiva). Disto deduz a maioria que, tal como a suspensiva, também se permite a condição resolutiva. Mas a impossibilidade desta última resulta, em nossa opinião, dos princípios enunciados mais acima, que dão por isso ao disposto no art. 848 do cc um conteúdo mais restrito daquele a que uma primeira leitura nos levaria⁹.

Dada, portanto, uma condição suspensiva, a herança não se adquire antes da sua verificação, o que leva a esta consequência: se a pessoa a favor de quem é feita a instituição morrer antes de verificada a condição, a disposição testamentária fica sem efeito (art. 853 do cc). Mas, quando isto não se verifique, haverá — como em qualquer outro caso de negócio jurídico condicionado — um estado de suspensão ou de incerteza, que exige todavia providências especiais, não se podendo deixar o acervo hereditário (ou a quota na qual alguém seja instituído sob condição) sem guarda e sem administração. A lei prevê o caso, dispondo que, até à verificação da condição ou até ao momento em que seja certo que ela não se pode verificar, a herança seja confiada a um administrador (art. 857 do cc e art. 641

8. Cf. BONFANTE, "Sui diritti dei creditori del testatore in raffronto dei legatari in una eredità oberata" (*Foro it.*, 1932, 1, pág. 369).

9. Cf. GABBA, "La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie" (in *Quest. dir. civ.*, II, págs. 92 e segs.); MILONE, "Dell'istituzione di erede sotto condizione risolutiva" (in *St. per Messina*, III); BUTERA, *La cond. risolutiva nella istituzione di erede*, Milão, 1904.

do CC). O administrador será o presumido herdeiro legítimo do testador, ou um terceiro estranho escolhido pela autoridade judiciária, quando esta creia, por motivos justos, não dever confiar àquele a administração (art. 859 do cc e art. 642 do CC), ou ainda, se se trata de herdeiro instituído só numa quota, o co-herdeiro ou co-herdeiros instituídos sem condição, quando entre esses e o herdeiro condicional possa haver lugar ao direito de acréscimo (art. 858 do cc e art. 642 do CC). Uma disposição legislativa especial exigia também a condição potestativa negativa, uma vez que, podendo a proibição de fazer ou de dar, deduzida como condição, ser violada até ao último instante da vida do beneficiado, não devia aqui consentir-se, sem tolher o conteúdo prático da instituição, relegar até a um tal momento a aquisição da herança. Para obstar a tal inconveniente, a lei impõe ao herdeiro, nomeado sob tal condição, que preste caução ou dê outra garantia suficiente para a execução da vontade do testador àqueles a quem a herança deveria devolver-se em caso de não cumprimento (art. 855 do cc e arts. 638 e 639 do CC) ¹⁰.

Qualquer condição, desde que possível e lícita, é admitida e lembramos aqui o que já noutro lugar dissemos acerca das condições impossíveis ou ilícitas, as quais se têm por não escritas (art. 849 do cc e art. 634 do CC), pelo que a instituição se considera como pura e simples.

Das condições ilícitas o código menciona expressamente, declarando-a contrária à lei, aquela que se destina a impedir tanto as primeiras núpcias como as ulteriores, isto é, a condição de celibato e a condição de viuvez (art. 850 do cc e art. 636 do CC). Mas excetua expressamente, declarando-a lícita, a condição de viuvez que seja imposta por um cônjuge ao outro (art. 850, § 21, do cc). Resulta do exposto que a mesma condição muda de natureza conforme a relação em que o testador está para com o herdeiro ¹¹. — Outra condição ilícita, também mencionada no código, é aquela que faz depender a instituição do herdeiro nomeado da existência da disposição testamentária recíproca a favor do testador. Mas esta condição, que dá lugar às referidas disposições captatórias, vicia toda a disposição, de

10. É esta a chamada *cautio Muciana*; cf. SCIALOJA, "Sulla cautio Muciana applicata all'eredità" (*Bull. ist. dir. rom.*, XI, págs. 265 e segs.).

11. POLIGNANI, *La conditio viduitatis*, Nápoles, 1872; RAMPONI, *Le condizioni di celibato e di vedovanza nei testamenti e nei contratti*, Florença, 1893; DEL VECCHIO, *Le seconde nozze del coniuge superstite*, Florença, 1885; DEL GIUDICE, "Il matrimonio religioso e la condizione di vedovanza nella legge e nei testamenti" (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, pág. 293); FERRARA FR., *Teoria del negozio illecito*, 2.^a ed., 1914, págs. 164 e segs.; CORAZINI, "Il matrimonio religioso e la conditio viduitatis" (*Dir. eccles.*, 1915, págs. 77 e segs.).

modo que não se aplica aqui a regra de que só a disposição é nula e o testamento permanece; toda a disposição vai a terra, por irem de encontro à proibição dos testamentos recíprocos e contra outros princípios fundamentais as declarações do testador que tal disponham (art. 852 do cc e art. 635 do CC).

b) *Termos.* — Nenhuma espécie de termos podem apor-se à instituição de herdeiro, nem inicial nem final, e se algum termo se apõe considerar-se-á ele como não escrito e a disposição como pura (art. 851 do cc e art. 637 do CC). Contraria, na verdade, o princípio da ininterrompida continuação das relações do defunto com o herdeiro, o termo a partir do qual o instituído deva começar a ser herdeiro, o princípio da perpetuidade do título de herdeiro, da irrevogabilidade da aceitação e a proibição das substituições fideicomissárias. Daqui pode tirar-se um outro argumento contra impossibilidade da condição resolutiva, que se comporta da mesma forma que o termo final, pois se quanto a este a lei ditou uma proibição expressa, deve a mesma proibição ter-se como feita quanto àquela.

c) *Modo.* — Ônus ou encargos de qualquer espécie, desde que lícitos e possíveis, pode o testador impor ao herdeiro, donde nasce uma obrigação para o instituído de dar cumprimento ao *modus*. Para o obrigar têm ação aqueles que estão interessados em ver respeitada a vontade do testador: em primeiro lugar, entre todos, os outros herdeiros, se há co-herdeiros e a um deles foi imposto o modo; ou o terceiro a favor do qual existe o benefício resultante do encargo, se há um terceiro; ou ainda o executor testamentário, ou, finalmente, se o *modus* foi acompanhado de uma cláusula de decadência, aqueles que por efeito desta seriam chamados à herança.

§ 149 — *As substituições*

BRUGI, *Ist.*, § 97; PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 332; CHIRONI, *Ist.*, II, § 476; FILOMUSI, *Dir. ered.*, II, pág. 243; ZACHARIAE, *Man.*, IV, §§ 703-707; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 693-697; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 3.265, 3.299 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 557-561, 637, 662-668.

Toda a matéria das substituições era no antigo direito complexa e cheia de dificuldades, mas está muito simplificada no direito moderno, visto que só duas instituições das antigas espécies sobreviveram, sendo uma permitida: a substituição vulgar, e a outra rigorosamente proibida: a substituição fideicomissária. Substituição é, em geral, a chamada que o testador faz

de um segundo herdeiro ou de um segundo legatário em lugar do primeiro. Mas a chamada do substituto pode ser direta, isto é, haver uma única chamada do instituído ou do herdeiro, ou indireta, isto é, haver duas chamadas sucessivas de onde derivam as duas formas de substituição, uma permitida e a outra proibida, e das quais vamos agora falar.

I. *Substituição vulgar.* — Chama-se substituição vulgar ou direta aquela pela qual o testador substitui ao herdeiro instituído ou ao legatário uma outra pessoa, no caso do primeiro não poder ou não querer aceitar a herança ou o legado (art. 895 do cc e art. 688 do CC). Assim, se o testador disser: "nomeio meu herdeiro Fulano e se este não for herdeiro nomeio meu herdeiro Beltrano", ou se disser: "lego a Fulano a minha propriedade em Lisboa e se ele não puder ou não quiser aceitá-la, lego a mesma propriedade a Beltrano". É, pois, a substituição direta uma substituição condicional, na qual a condição é representada pela eventualidade do substituído não vir a ser herdeiro ou legatário. Nada há nisto que vá de encontro aos princípios gerais das sucessões ou aos da economia pública e livre circulação dos bens, na parte em que é permitida. Na verdade, a lei consente que se ponha uma condição à herança ou ao legado e com tanta maior razão devia permitir que se pusesse aquela do instituído não poder ou não querer aceitar, visto que por ela se torna possível ao testador ter seguramente um sucessor e se dá assim satisfação à sua vontade de, com a sucessão legítima, concorrer com a da lei.

A substituição, na verdade, pode fazer-se não só num segundo grau, mas também em graus ulteriores e haver assim um primeiro chamado (instituído), um segundo (substituto do instituído), um terceiro (substituto do substituído) etc.; isto é, pode ir até ao infinito, de modo que, mediante uma série mais ou menos numerosa, se possa eliminar o perigo de ninguém aceitar. Mas seja qual for o número das substituições, a chamada dos instituídos e dos substituídos é sempre única, porque sendo uma condicionada à outra não há aqui vários herdeiros ou vários legatários sucessivamente chamados; fica herdeiro ou legatário apenas aquele da série que tenha efetivamente aceito; todos os outros não o são nem nunca o foram sequer um instante.

Dito isto, as regras especiais desta substituição podem resumir-se nas seguintes:

a) A condição sob a qual o substituto vem à herança ou ao legado é que o instituído não possa ou não queira aceitar. Não quer aquele que

renúncia; não pode quem tenha morrido antes do testador, tenha morrido ao mesmo tempo, seja ausente ou incapaz. São, pois, coisas distintas o não querer e o não poder e bem pode portanto o testador dispor a substituição para o caso da renúncia e não para os outros, ou para alguns destes e não para os restantes, e, quando tal suceda, a vontade de quem dispõe deve ser respeitada. Mas porque, na prática, sucede as mais das vezes que quem pensa no caso do primeiro chamado não querer, pensa também no de não poder, ou vice-versa, a lei, interpretando largamente a intenção do testador, dita a regra segundo a qual, quando não conste uma vontade contrária, a substituição na qual se tenha referido um dos dois casos — do instituído não poder ou não querer aceitar — entende-se feita para o caso não expresso (art. 896 do cc e art. 688 do CC).

b) A uma só pessoa instituída podem substituir-se várias conjuntamente, bem como a vários instituídos se pode substituir um só (art. 895 do cc e art. 689 do CC). Entende-se que no primeiro caso os substituídos dividirão entre si em partes iguais a herança ou o legado não adquirido pelo instituído, e que, no segundo, o substituído ficará ou com tudo, se todos os instituídos faltarem, ou com a quota daquele que faltar.

c) Dadas várias substituições sucessivas, qualquer substituído ulterior entende-se substituído não só à pessoa que imediatamente o precede, mas também ao próprio instituído: *substitutus substituto est substitutus instituto*.

d) Pode a substituição ser também recíproca, isto é: entre os próprios instituídos. Sucede isto quando o testador, nomeados dois ou mais herdeiros ou legatários em primeiro grau, estabeleça que, faltando um de entre eles, o outro ou os outros lhe sejam substituídos. A quota do que falta será então adquirida por aquele ou por aqueles que sobrevivam. Mas em que medida, se forem vários os supérstites, deverá dividir-se a quota do que falta? A lei distingue aqui três hipóteses diversas, conforme na chamada seja indicada a proporção das quotas ou não o seja, ou na sucessão recíproca se misture também um estranho (art. 898 do cc e art. 689 do CC). α) Suposta não indicada a quota (exemplo, nomeio herdeiros Fulano, Beltrano e Sicrano com substituição recíproca), visto que as quotas são iguais, se Fulano faltar os outros dois dividirão em partes iguais a sua quota. β) Indicada a proporção e supostas as partes (exemplo, nomeio herdeiro Fulano em $\frac{4}{8}$, Beltrano em $\frac{3}{8}$ e Sicrano em $\frac{1}{8}$), faltando Fulano os outros dois dividirão a sua quota em duas partes desiguais na proporção de 3 para 1: "A proporção fixada nas quotas da primitiva disposição presume-se repetida também quanto à substituição" (art. cit.). γ) No entanto, posto que sejam

desiguais as quotas, se na substituição juntamente com os primeiros nomeados for chamada uma outra pessoa, a lei resolve a dificuldade acerca da incerteza sobre a medida em que o estranho deveria repartir com os outros a quota daquele que falta, adotando o critério (correspondente, aliás, à intenção mais provável do testador) de repartir tal quota em partes iguais entre todos os substituídos.

e) A substituição implica que o substituído, tomando o lugar do instituído, se coloque numa posição perfeitamente idêntica à dele. Portanto, e salvo se houver uma vontade contrária do testador, tudo quanto ele dispôs quanto à instituição considera-se aplicável à substituição. Uma aplicação deste princípio geral é aquela pouco antes vista e relativa à medida ou proporção das quotas que, citada para os instituídos, se considera repetida quanto aos substituídos. Outra ainda há no art. 897 do cc, que dispõe deverem os substituídos responder pelos encargos impostos àqueles a que se substituíram, salvo uma vontade em contrário, ao passo que, inversamente, as condições respeitantes especialmente às pessoas dos primeiros chamados não se presumem repetidas quanto ao substituído, desde que tal não tenha sido expressamente declarado.

II. *Substituição fideicomissária*¹². — Chama-se assim a disposição pela qual o testador, nomeado um herdeiro ou um legatário, impõe a este que conserve a herança ou a coisa legada e que a transmita por sua morte a uma outra ou a várias outras indicadas pelo mesmo testador. Derivado do fideicomisso romano, no qual se deixava à boa fé do herdeiro nomeado no testamento transmitir os bens a uma outra pessoa (que por vezes era uma pessoa incapaz de receber do testador) e desenvolvida no direito medieval, que lhe deu um tipo concreto, a substituição fideicomissária teve larguíssima aplicação num tempo, no qual a conservação dos bens nas famílias e a conjunção das riquezas nos descendentes masculinos, principalmente nos primogênitos, eram condições para manter a riqueza e o potentado da

12. Cf. BRUGI, "Fedecompresso" (in *Dig. it.*); CUTURI, *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel dir. civ. it.*, Cidade de Castelo, 1889; PATERNÒ CASTELLO DI BICOCCA, *Le sostituzioni fideicommissarie di fronte al c. civ. it.*, Catânia, 1896; GABBA, "Sostituz. fedecomm. e sost. volgare" (in *Quest. dir. civ.*, 2.^a ed., págs. 35 e segs. e in *Nuove quest.*, 1905, I, pág. 346); BRUNETTI, "Il legato 'quum heres morietur' e la sostituz. fedecomm." (*Giur. it.*, 1905, I, 2, pág. 311 e in *Scritti giur.*, II, pág. 287); PFAPPE E HOPMANN, *Zur Gesch. der Fideicommissa*, Viena, 1884; BRÜCKNER, *Studien über die Gesch. der Fideicommissa*, München, 1833; MILONE, *Il fedecomm. rom. nel suo svolgimento storico*, Nápoles, 1896; GIERKE, "Fideikommiss" (in *Handwört. der Staatwiss.*); KRANSE, *Die Familien-Fideicommissa*, Berlim, 1909; FROMMHOLD, "Zur Lehre vom Stammgut, Familien-Fideic. und Familien-Vorkaufsrecht" (in *Festschr. f. Gierke*); MEYER, "Die Anfänge des Familienfideik. in Deutschland" (in *Festgabe f. Sohlm*); TRIFONE, *Il fedecompresso*, Roma, 1914.

aristocracia, para conservar a força dos senhores e lhes assegurar, com a proeminência econômica, o exercício dos poderes públicos. Mas a revolução francesa devia deitar à terra tudo isto, que mais do que qualquer outro instituto constituía a base do velho regime. O Código francês aboliu toda a substituição fideicomissária e o Código italiano seguiu esta proibição, ferindo de morte, no art. 899 do cc, qualquer disposição que pudesse reproduzir, mesmo em forma mascarada ou remota, o antigo fideicomisso (art. 692 do CC). Este, segundo os modernos conceitos, é contrário à livre comerciabilidade dos bens e nocivo à economia pública porque, tornando os bens inalienáveis e acumulando grandes somas nas mãos de poucos, contraria a circulação da riqueza e provoca a desvalorização dos próprios bens; é contrário ao princípio da igualdade, porque permite que, entre os próprios membros da família, uns membros sejam prejudicados ou empobrecidos, com benefício de outros que são privilegiados; é contrário à liberdade de testar, porque o testador, ao passo que atribui os bens ao herdeiro ou ao legatário, proíbe-lhes dispor a favor de outros, impondo-lhes o sucessor. Considerando-se nocivo à economia geral qualquer vínculo que se pusesse à propriedade, devia principalmente considerar-se prejudicial este que, nos fideicomissos familiares, com as substituições das gerações até ao infinito, se tornava um vínculo perpétuo. E o código proibiu-o assim pelo modo mais absoluto. Mas é diverso o meio do qual se socorreu a lei italiana em face da francesa, pois ao passo que o Código Napoleônico (art. 896) declara totalmente nula a disposição, de modo que nada da herança ou do legado toca ao instituído ou ao substituído, pelo nosso código, ao contrário, o que enferma de nulidade é apenas a substituição, ficando plenamente válida a instituição. O tratamento que assim se dá à substituição é igual àquele das condições ilícitas ou impossíveis, que se têm por não escritas; todas as substituições, ainda que do primeiro grau, se têm por não existentes; isto é, faz-se desaparecer a obrigação de conservar e de restituir aquilo que ao legatário cabia.

As condições, em virtude das quais uma substituição é fideicomissária, são, pela doutrina comum, fixadas nas três seguintes:

α) *Duplo chamamento*. — Dá-se quando é o próprio testador quem quanto ao mesmo objeto (herança ou legado) dispõe duas vezes, uma com uma chamada direta e a outra com uma chamada indireta ou oblíqua. Chamada diretamente é a pessoa instituída; indiretamente a substituída fideicomissariamente, a qual, adquirindo os bens depois do primeiro que foi chamado se ter tornado herdeiro ou legatário, não se substitui a ela (como na substituição vulgar), mas lhe sucede recebendo a herança ou o legado

do instituído e não do testador. Deve a dupla chamada versar sobre o mesmo objeto, donde resulta que não é fideicomissária e é por isso lícita a instituição de uma pessoa no usufruto e de outra na propriedade, visto que, posto que sendo certo que o simples proprietário não fica com o usufruto senão pela morte do usufrutuário, é diverso o direito ao qual um e outro são chamados.

β) *Obrigação de conservar e restituir.* — É preciso que não como simples recomendação ou conselho, mas como determinação imperativa, o herdeiro ou legatário sejam onerados com a obrigação de conservar, para restituir a outrem, seja qual for a maneira como este ônus seja formulado, desde que substancialmente signifique que a pessoa em questão não possa alienar (art. 899 do cc e art. 692 do CC). Não é, pois, necessário que o testador diga expressamente que o beneficiado tem a obrigação de conservar; razoavelmente o art. 899 do cc diz que há substituição proibida em qualquer disposição que *por qualquer expressão* obrigue o beneficiado a conservar e restituir. Tal obrigação reputam muitos não existir no chamado fideicomisso *de residuo*, isto é, naquela disposição pela qual o testador substitui ao herdeiro ou legatário nomeado um terceiro, mas limitadamente aquilo que, quanto à primeira pessoa chamada, possa sobrar dos bens ao tempo da sua morte. Esta opinião deve, porém, ser repelida, porque se é verdade que em vida o instituído podia ter-se aproveitado de tudo quanto fora deixado, verdade é também que aquilo que subsiste não pode ele deixá-lo a outros, devendo restituí-lo. Sobre o assunto voltaremos a falar mais adiante.

γ) *Ordem sucessiva.* — Deve por tal entender-se que o substituído venha à herança ou ao legado no momento da morte da primeira pessoa chamada. Isto implica que o herdeiro ou o legatário onerado deve conservar até à sua morte e que os bens passam assim para o fideicomissário *mortis causa*, visto que precisamente ele é um sucessor direto do instituído e não do testador. É este o conceito exato da chamada *ordo sucessivus*, na qual o termo, com o qual acaba o gozo dos bens num e começa para o outro, não é um momento qualquer da vida do primeiro chamado mas unicamente o da sua morte. Se se devesse na verdade considerar como fideicomissária a disposição pela qual o herdeiro ou o legatário deve num dado dia (por exemplo, depois de 10 ou 20 anos) restituir a um terceiro, já não teria razão de ser a norma examinada mais acima sobre os termos apostos à herança ou ao legado.

Dados estes requisitos e tendo em conta os sutis artifícios aos quais os testadores frequentemente recorrem para mascarar sob o aspecto de substituição válida uma substituição fideicomissária, não é tarefa fácil para o juiz indagar se num dado caso concreto uma disposição aparentemente lícita não contém uma substituição proibida¹³. Pode contê-la, por exemplo, uma substituição condicional, especialmente quando seja concebida de modo a não poder verificar-se a condição (ou presumivelmente verificar-se) senão à morte do instituído. Assim é vulgarmente considerada a nomeação de um herdeiro e a sua substituição por outro no caso do primeiro morrer sem filhos, visto que aqui havia precisamente a obrigação do primeiro chamado conservar e restituir até à sua morte, obrigação essa concebida sob a aparência de uma condição *si sine liberis decesserit*¹⁴.

O rigor da lei quanto a esta proibição é, de resto, tão grande, que o nosso código (art. 901 do cc e art. 698 do CC) proíbe mesmo o usufruto sucessivo, posto que nele não haja nem possa haver verdadeira substituição fideicomissária. O usufruto é na verdade um direito pessoal, que se extingue pela morte do titular e não pode transmitir-se a outros, de modo que não se pode conceber para o primeiro usufrutuário uma obrigação de conservar para restituir ao segundo. É apenas por uma analogia com a substituição fideicomissária que pode explicar-se a regra do art. 901 do cc (e art. 698 do CC): "A disposição, pela qual se deixa o usufruto ou outras anualidades a várias pessoas sucessivamente, tem apenas efeito a favor dos primeiros chamados a gozar deles à morte do testador". E talvez a proibição seja excessiva¹⁵, mas, de qualquer modo, não cai sob ela senão o usufruto (uso ou habitação) que apresente um *ordo successivus*, no sentido mais acima explicado, isto é, quando o segundo usufrutuário deva entrar no gozo pela morte do primeiro, ficando excluído tanto aquele dado a duas ou várias pessoas sucessivamente, com um termo que não caia no momento da morte, como o usufruto conjunto, no qual a duas ou mais pessoas é atribuído contemporaneamente o gozo, de modo que o usufruto dura enquanto durar

13. Cf. GABBA, "Concetto della sostituzione fedecommissaria" (in *Nuove quest. dir. civ.*, págs. 332 e segs.).

14. Cf. CAFIERO, "La condizione si sine liberis decesserit e il fedecommissario" (*Foro it.*, 1922, 1, pág. 652); VITA in *Giur. it.*, 1922, 1, 2, pág. 143; COVIELLO N., *Successioni*, II, págs. 831, 834; VENZI in PACIFICI, *Ist.*, VI, págs. 381, 383; FILOMUSI, *Dir. ered.*, II, pág. 297; BUTERA in *Filang.*, 1904, págs. 161, 257, 331; GALGANO in *Foro it.*, 1928, 1, 1060; BUTERA, *Giur. it.*, 1928, 1, 508.

15. Em sua defesa pelo contrário se pronunciava VENEZIAN, "Legato di annualità successive" (nos *St. per Lilla* e depois em *Opere giur.*, II, Roma, 1920).

a vida do que, de entre eles, viver por mais tempo¹⁶. Excepcionalmente excluem-se depois da proibição, mesmo quando revistam a figura do usufruto sucessivo, as anualidades deixadas sucessivamente a pessoas de uma dada qualidade ou de determinadas famílias, que se traduzam em socorros à indigência, em prêmio à virtude ou ao mérito, ou em outros objetos de utilidade pública (art. 902 do cc e art. 699 do CC), pois a dignidade do fim explica e justifica a exceção.

Já mais acima fizemos referência ao fideicomisso *de residuo*, isto é, àquela disposição pela qual o testador ordena que o *quod superit* do acervo seja transmitido ao herdeiro por um terceiro designado pelo próprio testador. É grande e grave a discussão sobre se nesta disposição se contém um fideicomisso. Em nosso parecer deve dizer-se que também aqui estamos em face de uma substituição proibida, visto concorrerem os três elementos: instituição e substituição sucessivas; dupla ordem de chamados; e uma limitação à livre disponibilidade dos bens por parte do herdeiro, o qual pode aliená-los por atos *inter vivos*, mas não pode dispor deles *mortis causa*, sendo o destinatário designado pelo testador. Opõe-se que, para haver substituição fideicomissária proibida, não basta a ordem sucessiva e a dupla chamada, sendo preciso que, com a obrigação de restituir, concorra a de conservar e o herdeiro não é obrigado a conservar, podendo livremente alienar os bens, ao passo que aqueles que restam no momento em que morre, pelo próprio fato da sua morte saem da sua faculdade de disposição. Mas na realidade, se não há uma limitação de dispor por atos *inter vivos*, há, porém, uma limitação à liberdade testamentária e esta é suficiente para dizer proibido o fideicomisso *de residuo*. Acresce que ele vai ainda de encontro ao art. 835 do cc e art. 632 do CC, segundo o qual é ilícito deixar a um terceiro a determinação da quantidade do legado, e que a disposição do testador implica, também moralmente, uma restrição à liberdade do proprietário, o que chega para considerar o fideicomisso *de residuo* como contrário ao espírito da nossa lei¹⁷.

16. Cf. FILOMUSI, "L'usufrutto sucessivo e la sostituzione fedecommissaria" (*Giur. it.*, 1878, págs. 17 e segs. e in *Dir. ered.* II, págs. 247 e segs.); VENZI in PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 880, letra *a*.

17. Cf. LOSANA in *Dig. it.*, XXII, págs. 387 e segs.; CUTURI, *Fedecommissi e sostituzioni*, pág. 187; GABBA in *Foro it.*, 1883, 1, pág. 950; VENEZIAN, *Usufrutto*, 1, pág. 362; VITALI, *Fedecommissio de residuo*, Placência, 1889; COSTA, *Il fedecommissio de residuo*, 1908; GUIDI, "Il fedec. de residuo" (*Riv. dir. civ.*, XXI, 1929, págs. 517 e segs.).

§ 150 — O legado

BRUGI, *Ist.*, §§ 99, 122; PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 827; CHIRONI, *Ist.*, II, §§ 430 e segs.; ZACHARIAE, *Man.*, IV, §§ 721, 722, 726-730, 733; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, §§ 714-723; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 2.783 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 623-688 18.

Conceito. — O conceito de legado, se parece simples à primeira vista, é na realidade complexo e difícil e tanto assim que há sempre discussão sobre a sua natureza intrínseca e estrutura, especialmente no direito romano, discutida sendo também a definição que dele se deve dar. Isto deriva do fato de serem numerosas e diversas as espécies de disposições testamentárias, que se englobam sob a palavra legado, pois legado se chama qualquer disposição que não atribua a qualidade de herdeiro, isto é, qualquer disposição a título particular, seja qual for o seu conteúdo e constitua ela ou não uma diminuição da herança, uma deixa a cargo do herdeiro ou de um terceiro, uma liberalidade e um lucro para o beneficiado, ou um encargo. Principalmente este último ponto é discutido, isto é, se é da essência do legado que ele constitua uma liberalidade a favor do legatário, como resultaria da definição tirada das fontes romanas: *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta*¹⁹; *legatum est donatio testamento relicta*²⁰. E a discussão parte do fato de, podendo a atribuição patrimonial ser toda absorvida por ônus e encargos, qualquer benefício ser tirado ao legatário no próprio momento em que se faz a atribuição, havendo até disposições que nem sequer têm a aparência de uma vantagem depois tirada, mas que constituem diretamente um ônus para quem nelas é contemplado. Alguns escritores são por isso levados a negar que a liberalidade seja da essência do legado²¹, isto contra

18. ARNDTS-SALKOWSKI, "Dei legati e dei fedecommissi" (in GLÜCK, *Pandette*); ROSSHIRT, *Die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Rechts.*, 1835; FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi sec il dir. rom.*, Milão, 1889; "Sull'origine dei legati" (*Bull. ist. dir. rom.*, 1, págs. 111 e segs.); FADDA, "Dell'origine dei legati" (*St. per Bologna*, 1888, págs. 163 e segs.); BONFANTE, "L'eredità e il suo rapporto coi legati nel dir. mod." (*Bull. ist. dir. rom.*, VII, págs. 151 e segs.); CARUSI "Note intorno alla dottrina dei legati" (*St. e doc. di st. e dir.*, XVII, 1896); PACIFICI-MAZZONI, *Dei legati in generale e delle singole speci di legati*, 3.^a ed., Florença, 1900; GANGI, *I legati nel dir. civ. it.* (2 vols.), Roma-Pádua, 1908-1932; "Appunti sul pagamento dei legati" (*Riv. it. p. le sc. giur.*, 12, 1911, págs. 123 e segs.); PAOLUCCI, in *Diz. dir. priv.*

19. § 1, *Ist.*, 2, 20.

20. MODESTINO, fr. 36 D. 31.

21. Assim, por exemplo, WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 623, pág. 301 e FADDA, *Dir. er. rom.*, 1, págs. 53 e segs. Cf. mais amplamente e em sentido contrário quanto ao direito justiniano MESSINA-VITRANO, *L'elemento della liberalità e la natura del legato nel dir. rom. class. e giust.*, Palermo, 1914.

a grande maioria, que o define um ato de liberalidade *mortis causa*. Mesmo pondo de parte como não essencial um tal requisito, também sob um outro aspecto pode resultar incongruente a definição positiva como ato de disposição a título singular, quando se pense que, podendo a atribuição patrimonial ser ordenada não a cargo da herança, mas de um terceiro, podendo legar-se a coisa alheia, podendo mediante legado liquidar-se um débito do legatário para com o testador ou mandar-se fazer ao legatário uma determinada ação, faltará por vezes a atribuição patrimonial ou a sucessão particular do legatário ao testador. Daqui concluem alguns, que de legado não se pode dar uma definição positiva, mas apenas negativa, designando com tal nome qualquer disposição testamentária que não atribua o *universum jus defuncti*, isto é, que não seja uma instituição de herdeiro.

A verdade é que o legado pode ter figuras diversas e destinar-se a fins diferentes, mas em regra é — se se prescindir de algumas espécies que podem considerar-se como desvios do tipo comum — uma disposição atributiva de um direito particular a sair da herança e provocada pelo ânimo de beneficiar, de modo que normalmente se faz uma liberalidade por morte e se determina uma sucessão a título particular. São estes caracteres mais gerais e comuns que o código tem presente, quando define o legado (arts. 759, 760, 827 do cc) e regula os seus efeitos (arts. 862-868 do cc e arts. 649 e segs. do CC).

A doutrina dos legados resume-se nas regras relativas aos sujeitos, ao objeto, às modalidades e à sua aquisição.

Sujeitos. — São sempre precisas duas pessoas para que haja legado, a que dispõe e aquela a cujo favor a atribuição patrimonial é feita (contemplado), mas pode acrescentar-se uma terceira, e frequentemente se acrescenta, que é aquela que deve prestar o legado (onerado).

A pessoa *onerada* é vulgarmente o herdeiro e, se são vários os herdeiros, aquele de entre eles que o testador tenha especialmente designado (art. 869 do cc e arts. 662 e 663 do CC), ou todos conjuntamente se a todos o ônus foi imposto. Pode no entanto suceder que, entre vários herdeiros, não tenha sido pelo testador imposto especialmente a algum que satisfaça o legado e, então, aplicando-se o princípio geral, segundo o qual todos os herdeiros são obrigados a sofrer os encargos hereditários, cada um deverá satisfazer o legado na proporção da quota que lhe couber (art. 868 do cc e art. 662 do CC). Além disso, porque (como veremos) pode legar-se até a coisa própria do herdeiro, se sendo vários os herdeiros o testador tiver

legado uma coisa de um de entre eles, não se deve só por isso deduzir que o ônus do legado se deixa a cargo exclusivo do herdeiro proprietário, considerando-se, pelo contrário, que ele pesa sobre todos, salvo uma vontade em contrário do testador. Deste modo, os outros co-herdeiros são obrigados a compensar o valor da sua coisa com dinheiro ou com prédios hereditários, na proporção da quota de cada um (art. 869 do cc e art. 663 do CC). Onerado também pode ser um legatário pois, na verdade, o pagamento do legado, assim como pode ser deixado a cargo do sucessor universal, da mesma forma o pode ser a cargo de um sucessor a título particular, isto é, de um outro legatário.

A pessoa *contemplada* é aquela a quem o testador quis deixar o legado, desde que seja uma pessoa certa e capaz de receber, nos termos do que em devido lugar dissemos. Geralmente o legatário é uma pessoa diversa da do herdeiro, mas nada se opõe que ao próprio herdeiro o testador deixe, destacando-o do acervo, um objeto determinado. Neste caso verifica-se a figura especial do *prelegado*, isto é, de um legado que é feito ao próprio herdeiro. Isto parece, à primeira vista, uma verdadeira anomalia e verdadeiramente anômala era no direito romano uma tal figura de legado, que dava lugar a efeitos dos mais estranhos, produzindo — pela aplicação lógica dos princípios sobre a sucessão hereditária — conseqüências inesperadas e bizarras. O princípio era que tal legado, se fosse feito ao único herdeiro, era totalmente nulo e, se feito a um de entre vários herdeiros, era nulo quanto à parte em que o prelegatário era herdeiro e a razão vulgarmente invocada devia procurar-se no fato de, sendo o legado devido pelo herdeiro, não poder este ser devedor de si mesmo, ou mais exatamente, que devendo no legado haver dois sujeitos distintos, neste caso os dois sujeitos reduziam-se a um só, confundindo-se numa única pessoa; ou ainda na constatação de que sendo o título de herdeiro exclusivo de qualquer outro, não podia o herdeiro subtrair do acervo, que é todo seu, uma coisa, para depois a dar a si mesmo. Nestes termos, quando o herdeiro seja um único, todo o prelegado é nulo, e quando sejam vários não pode valer senão pela quota ou quotas a cargo dos outros co-herdeiros.

Esta situação singular — situação que no direito romano era criada pela estrutura especial da sucessão hereditária e sobretudo pela subordinação constante do legado à herança, não podendo existir legado senão existindo uma instituição de herdeiro — já não se reproduz no direito civil, onde herança e legado são duas formas de atribuição patrimonial independentes uma da outra, ou pelo menos não se reproduz já com aquelas anomalias, que se verificavam no direito romano. O código não fala do prelegado,

mas por isso não se deve dizer que ele não seja possível, sendo apenas certo que o prelegado no nosso direito não se comporta diversamente do legado comum; e visto já não ser essencial que em face do legatário haja um herdeiro, sendo por isso conciliáveis na mesma pessoa as qualidades de herdeiro e de legatário, o efeito é que o prelegado é inteiramente válido. Isto conduz praticamente ao resultado que, disposto um prelegado a favor de um de entre vários herdeiros e a cargo de todos, o herdeiro prelegatário obterá a totalidade, adquirindo *jure legati* também a quota que pesaria sobre bens próprios; por outras palavras: obtém, além da própria quota hereditária, a totalidade do legado como precípua²².

Objeto. — Pode ser objeto do legado tanto uma coisa como um fato, desde que um e outro sejam certos, lícitos e possíveis. *Certa* é a coisa quando o testador a tenha determinado ou fornecido os elementos para a sua determinação; não se pode deixar totalmente ao arbítrio de um terceiro a determinação, pois que tanto o legado como a instituição de herdeiro devem ser disposições pessoais de testador (art. 835 do cc e art. 632 do CC). Pode, porém, ser pedido ao terceiro a determinação específica de uma coisa indicada pelo testador apenas em gênero, ou a escolha entre várias coisas por ele indicadas (arts. 870, 875 do cc e art. 664 do CC). Tanto se pode legar uma ou várias coisas determinadas, como uma universalidade de coisas; tanto uma coisa corpórea, como uma incorpórea, como seja um crédito; tanto uma coisa ou um direito próprio de quem dispõe, como uma coisa pessoal do onerado ou de um terceiro. Desta e doutras qualidades do legado decorrem as suas várias figuras e as regras especiais ditadas pelo código. Apenas recordaremos as principais.

α) *Legado de coisa determinada.* — O pressuposto normal do legado é que a coisa exista no patrimônio do testador no momento do testamento e no momento da morte. Em tais hipóteses a coisa é imediatamente adquirida pelo legatário, no momento da morte do testador, pois a propriedade passa *reta via* do defunto ao legatário, sem a intervenção do herdeiro, que é

22. Cf. BUCHOLTZ, *Die Lehre von den Prälegaten*, Iena, 1850; KRETSCHMAR, *Die Natur des Prälegates nach röm. Recht*, Leipzig, 1874; BERNSTEIN, "Zur Lehre vom römischen Voran (legatum per praeceptionem)" (*Sav. Stif XV*, 1894, págs. 26 e segs.); GÖPPERT, *Ueber den Grund der Regel: heredi a rem et ipso inutiliter legatur*, Göttingen, 1893; FERRINI, "Contributi alla dottrina del prelegato" (*Bull. ist. dir. rom.*, VIII, págs. 1 e segs.); SCUTO, *La teoria del prelegato nel dir. rom. con riguardo alle principali legisl. e al dir. civ. it.*, Palermo, 1909; GANGI, "Brevi considerazioni sulla teoria del prelegato nel dir. rom. e nel dir. vigente" (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XLVII, 1910, págs. 315 e segs.); CICU, in *Riv. dir. civ.*, III, 1911, págs. 136 e segs.; BONFANTE, "Il prelegato e la successione (*ib.*, VI, 1914, págs. 753 e segs. e in *Scritti giur.*, 1, págs. 443 e segs.).

obrigado simplesmente a fazer-lhe a entrega (art. 862 do cc e art. 649 do CC). É por isso errônea a doutrina sustentada recentemente por alguns tribunais, segundo a qual também no legado de coisa certa e determinada, tocando em propriedade ao testador, haja para o legatário uma simples razão de crédito, analogamente ao que sucede num legado de quantidade. Mas o pressuposto supra-referido pode faltar num ou noutro momento e nem sempre isto conduzir à nulidade ou à ineficácia do legado. — Se, portanto, a coisa existia ao tempo do testamento, mas depois se perdeu totalmente em vida do testador, o legado não tem efeito (art. 893, 1.^a parte do cc e art. 673 do CC). Mas pode não ter efeito também se perecer depois da morte; aplicando os princípios gerais das obrigações, temos que o legado não tem efeito se a coisa perecer sem ser por fato ou culpa do herdeiro, o mesmo se dando se a coisa perecer depois da constituição em mora do herdeiro, uma vez que se prove que a coisa teria igualmente perecido nas mãos do legatário (art. 893, 2.^a parte do cc e art. 673 do CC). — Vice-versa, a coisa poderia encontrar-se no patrimônio do testador ao tempo da sua morte, mas não o ter estado ao tempo do testamento, que é o caso de alguém ter legado uma coisa não sua, mas depois do testamento a ter adquirido. A disposição é válida, bastando aqui que a coisa estivesse no domínio de quem dispôs no momento da sua morte (art. 837 do cc e art. 651 do CC). Resulta que, se o testador deixou como sua uma coisa própria ou que seja de um certo gênero ou de certa espécie, e tal coisa não se encontrar no seu patrimônio ao tempo da morte, o legado fica privado de efeito (art. 841 do cc e art. 654 do CC), podendo, quando muito, ter efeito quanto à quantidade que houver e não quanto a toda aquela que foi determinada pelo testador (art. 841 do cc e art. 654 do CC).

β) *Legado em gênero.* — A coisa pode ser determinada apenas em gênero, indicando o testador o número, a medida e a quantidade. Deve além disso tratar-se sempre de coisas móveis, quanto às quais se costuma falar de gênero e de quantidade, e não de imóveis. Tal legado é válido, ainda quando coisa alguma do gênero designado existisse no patrimônio do testador ao tempo do testamento e nenhuma se encontre ao tempo da sua morte (art. 840 do cc e art. 653 do CC). Se, portanto, várias coisas de tal gênero existirem no patrimônio do testador a escolha pertence em primeiro lugar ao herdeiro, o qual não é obrigado a dar a melhor, assim como não pode oferecer a pior (art. 870 do cc e art. 664 do CC). A escolha pode, porém, ser deixada pelo testador a um terceiro, e também neste caso se deve observar a regra da escolha ser feita sobre coisa de qualidade média (art. 871 do cc). Se o terceiro recusar ou não puder fazer

a escolha por morte ou por outro impedimento, é ela feita pela autoridade judiciária (art. 872 do cc e art. 664 do CC). Pode finalmente a escolha ser deixada ao próprio legatário; neste caso ele pode escolher a melhor de todas as do mesmo gênero existentes na herança, devendo escolher a média se não a houver (art. 873 do cc e art. 664 do CC). O direito de escolha conferido ao herdeiro ou ao legatário passa para os seus herdeiros, mas a escolha feita não se pode alterar. Cessa, pois, qualquer direito de escolha, quando no patrimônio do testador haja uma só coisa desse gênero; a ela tem direito exclusivo o legatário, não podendo ser oferecida outra (art. 875 do cc e art. 666 do CC).

γ) Uma espécie particular do precedente é o *legado de coisa a tirar de certo lugar*. Trata-se de coisa ou de quantidade pertencente a um dado gênero, mas o gênero é delimitado, mesmo individualizado com a designação do lugar em que se encontram as coisas de entre as quais se deverá tirar a legada. A regra é que o legado tem efeito apenas se a coisa lá se encontra e quanto à parte que existe no lugar indicado pelo testador (art. 842 do cc e art. 655 do CC), e deve interpretar-se no sentido de se considerarem compreendidas na deixa também as coisas desse gênero que, segundo os costumes do testador, aí se devessem encontrar posto que, de fato, não se encontrem, excluindo-se pelo contrário aquelas que lá se encontram por acaso mas cujo lugar não fosse esse, segundo os hábitos ou costumes citados²³.

δ) *Legado alternativo*. — É também válido o legado de uma entre várias coisas, ou legado alternativo. Aplicando o princípio das obrigações alternativas, o art. 874 do cc (e art. 665 do CC) declara que, quando sobre a escolha o testador nada tenha disposto, ela se presume deixada ao herdeiro (que é o devedor do legado). Desaparece a escolha, mas o legado é válido e torna-se simples quando só haja uma coisa (art. 894 do cc). Aplicam-se, aliás, em grande parte as regras referidas quanto ao legado em gênero e as que em devido lugar foram expostas acerca das obrigações alternativas.

ε) *Legado de universalidade*. — Tal como uma só coisa ou um só direito, da mesma forma podem legar-se complexos de coisas ou complexos de direitos, isto é, tanto universalidades de fato (uma quinta, uma biblioteca), como universalidades de direito (uma herança, um estabelecimento comercial). O legatário recolherá o complexo tal como se encontrar no patrimônio hereditário, ainda que ele esteja reduzido a uma só coisa.

23. Cf. VENZI in PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 890, letra e.

ζ) *Legado de crédito*. — Assim como um crédito se pode transmitir a título particular por ato *inter vivos*, da mesma forma pode transmitir-se por legado. Deixado ao legatário o crédito que o testador tinha para com um terceiro, o crédito passa para o legatário, que se substitui (como na cessão) ao primitivo credor. Mas este legado tem naturalmente efeito apenas quanto à parte do crédito que subsista ao tempo da morte do testador; o herdeiro não é obrigado a garantir ao legatário a sua exigibilidade, não tendo outra obrigação que não seja remeter-lhe os títulos do crédito tal como se encontravam nas mãos de quem dispôs (art. 844 do cc e art. 658 do CC). — Uma espécie particular é o *legatum liberationis*, no qual aquilo que se lega é um crédito do testador para com o próprio legatário; a disposição tem nesta hipótese o valor de uma remissão (perdão) do débito, feita por ato *mortis causa*. — Pode também conceber-se um legado de débito, isto é, quando o testador legue ao seu credor o que lhe deve. Tal legado tem valor prático apenas na hipótese de, com a disposição, o testador dar qualquer vantagem ao legatário, por exemplo, tornando puro um débito condicional ou a termo. Mas se o testador, sem fazer menção do seu débito, faz um legado ao seu credor, o art. 845 do cc (e art. 659 do CC) estabelece como regra uma presunção a favor do legatário; o legado presume-se feito não para pagar o débito, mas para praticar uma liberalidade.

η) *Legados anuais ou periódicos*. — Pode ser legada uma prestação correspondente a anos, a meses ou a outros períodos, tal como uma renda vitalícia ou uma pensão. As várias prestações periódicas (que devem considerar-se como os juros de um único capital) serão devidas ao legatário, pela pessoa onerada, nos prazos fixados, começando a vencer-se no dia da morte do testador (art. 866 do cc e art. 670 do CC).

Para o cálculo dos períodos em que a prestação foi subdividida (por exemplo, anos ou meses), o primeiro termo começa com a morte do testador e o legatário adquire o direito a toda a quantidade devida quanto ao prazo em curso, ainda que vivesse apenas ao princípio dele. O legado, porém, não pode exigir-se senão depois de terminado o prazo (art. 867 do cc e art. 670 do CC). — Desta última regra exclui-se o legado de alimentos, que é uma espécie dos pertencentes a esta categoria. Nele, quando pelo testador não seja determinada a medida, será esta fixada em relação à necessidade do alimentando ou à potencialidade econômica do onerado. Tal legado compreende o sustento, o vestuário, a habitação e as outras coisas necessárias à vida do legatário e pode também estender-se, segundo as circunstâncias, à instrução adequada à sua condição (art. 846 do cc e arts. 438 e 660 do CC).

λ) *Legado de coisa alheia*²⁴. — A coisa legada pode ser própria do testador, mas pode também ser alheia, devendo distinguir-se a quem pertence.

Se pertence ao próprio legatário, o legado é nulo, pois é óbvio que não se pode atribuir ao proprietário a coisa que já lhe pertence. O art. 843 do cc diz precisamente: "É nulo o legado de coisa que ao tempo em que foi feito o testamento já era propriedade do legatário" (arts. 656 e 657 do CC). No entanto, há um limite à nulidade, isto é, o fato da coisa ser já do legatário ao tempo do testamento. Ela podia ter-se tornado sua apenas depois, isto é, ser sua ao tempo da morte, mas não antes e em tal caso o legatário, quer a tenha adquirido do testador, quer de outrem, sofreu (se a aquisição foi a título oneroso) um sacrifício patrimonial, para cuja compensação se pode então considerar destinada a liberalidade contida no legado: o legado considera-se convertido de legado daquela coisa em legado do seu valor econômico, de modo que o contemplado poderá reclamar o preço ao herdeiro. Pressupõe-se sempre aqui que o legatário, para adquirir a coisa, tenha desembolsado um preço ou sofrido um sacrifício econômico, quer dizer: que se trate de uma aquisição a título oneroso. Se a aquisição fosse a título gratuito, por exemplo por doação, haveria o concurso de duas causas lucrativas: uma representada pela doação e a outra pelo legado e tal concurso extinguiria a obrigação do herdeiro de entregar ao legatário o valor da coisa²⁵, não se podendo dar um conteúdo prático à vontade de quem dispôs, quando o beneficiado já por outro meio lucrativo conseguira a mesma coisa (art. 843 do cc e arts. 656 e 657 do CC)²⁶.

Quando a coisa legada pertence ao herdeiro ou à pessoa onerada com o legado, a disposição é plenamente válida e por ela o testador pretende substancialmente diminuir o benefício do contemplado de quanto representa o valor econômico da coisa, que não existe na herança, mas que à custa desta o dito onerado é obrigado a dar (art. 838 do cc).

24. Cf. CHIRONI, "A proposito del legato di cosa propria dell'erede o del legatario" (in *Scritti per Moriani*, II, págs. 279 e segs.); SCUTO, "Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui" (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, págs. 17 e segs.).

25. Cf. § 6 *Inst.* 2, 20.

26. Cf. sobre o *concursum duarum causarum lucrativarum*: SELL, *Ueber die röm. recht. Anhebungsart der Obligation durch Concursus Causarum lucrativarum*, Zurich, 1839; SCHMIEDT, "Erklärung der Rechts. regel über das Zusammentreffen zweier Causae lucrativae" (*Jahrb. f. die Dogm.*, XX, págs. 411 e segs.); FERRINI, "Sul concursus duarum causarum lucrativarum" (*Rend. Ist. Lomb.*, 1891); DI MARZO, "Appunti sulla dottrina della causa lucrativa" (*Bull. ist. dir. rom.*, XV, págs. 91 e segs.).

Quando finalmente a coisa pertence a um terceiro, não se pode dizer só por isso que o legado seja nulo ou que seja válido. O que decide é o conhecimento que o testador tenha tido de ser a coisa alheia e (para eliminar dúvidas e indagações difíceis sobre este conhecimento) se ele expressou ou não tal circunstância na própria disposição. Entre o direito romano, que declarava válido tal legado, e a legislação francesa, que o declara nulo, o nosso código (art. 837 do cc e art. 651 do CC) seguiu uma solução intermédia: o legado é válido se no testamento se expressar que o testador sabia que a coisa era alheia. O herdeiro é então obrigado ou a adquirir a coisa legada, para a entregar ao legatário, ou a pagar a este o seu justo preço.

Pode ainda suceder que a coisa legada não pertença toda ao terceiro, porque uma parte ou um direito sobre a mesma pertence ao testador ou mesmo ao herdeiro ou ao legatário. Neste caso o legado é apenas válido quanto à quota ou quanto ao direito, mas será inteiramente válido, se o testador tiver querido realmente atribuir a coisa na sua totalidade (art. 839 do cc e art. 652 do CC) ²⁷.

Modalidade. — Também aos legados se podem apor modalidade e, ao contrário do que sucede com a instituição de herdeiro, todas as modalidades, isto é, tanto condições e modos, como termos. Podem repetir-se aqui as observações feitas mais acima a respeito da instituição de herdeiro (§ 148), pois em geral vigoram as mesmas regras, salvo as seguintes modificações.

A condição no legado pode ser tanto suspensiva como resolutiva, não indo a disposição a título particular, resolutivamente condicionada, de encontro ao princípio da perpetuidade da qualidade hereditária. Mantém-se a regra segundo a qual se tem por não escritas as condições impossíveis ou ilícitas (art. 849 do cc e art. 634 do CC), bem como a outra de serem contrárias à lei as do celibato e viuvez (art. 850 do cc e art. 636 do CC); no entanto, se se deixar um legado de usufruto, de uso, de habitação, de pensão ou de viuvez, o legado é válido (ainda quando entre testador e legatário não haja relações de casamento) e o legatário terá o respectivo gozo durante o celibato ou viuvez (art. 850 do cc e art. 636 do CC) ²⁸.

Podem apor-se termos aos legados e tanto termos iniciais como finais (cf. art. 851 do cc e art. 637 do CC). Mas quanto ao termo convém

27. Cf. a este respeito VENZI in PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 887, letra d.

28. Cf. sobre o assunto VENZI in PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 887, letra d.

notar que se ele se faz coincidir com a morte do legatário ou com a morte da pessoa onerada, de modo que em tal momento o benefício passa para uma outra pessoa, em tal existe uma substituição fideicomissária, que é proibida. Deixado um legado sob condição suspensiva ou com um termo inicial, deve garantir-se ao beneficiado a obtenção da deixa, que *medio tempore* poderia desaparecer, pelo que o herdeiro ou legatário que por ele é onerado pode ser obrigado pelo beneficiado a prestar caução ou a dar outra garantia bastante (art. 856 do cc e art. 640 do CC) 29.

Aquisição. — O modo pelo qual o legado é adquirido pelo legatário é objeto de disputas entre os escritores. Declara o art. 862 do cc (e art. 649 do CC) que qualquer legado puro e simples atribui desde o dia da morte do testador o direito para o legatário, direito este transmissível aos seus herdeiros, de obter a coisa legada. Daqui deduz a maioria que o legado se adquire *ipso jure*, sem necessidade de aceitação, nem sequer daquela aceitação que para a instituição de herdeiro tem o valor de confirmação da aquisição já feita por lei.

Assim, só uma declaração por parte do legatário é concebível e produtiva de efeitos: a renúncia ao legado, não tendo qualquer fim próprio (ao contrário do que sucede na aquisição da herança) uma aceitação. Sustentam, pelo contrário, outros tratadistas, que a regra não se modifica da herança para o legado e que, assim, também quanto a este subsista o princípio da necessidade da aceitação, de modo que decorridos trinta anos a partir da morte do *de cuius*, sem que o legatário tenha aceito, este perde o direito. Deve seguir-se a primeira opinião, sendo bem claro o alcance do art. 862 do cc e art. 649 do CC. — O momento da aquisição é a abertura da sucessão, mas se o legado é sob condição suspensiva, é com a sua verificação que ele se adquire, de modo que se o legatário morre antes, o legado caduca (art. 890 do cc). Pelo contrário, a aposição de um termo ou de uma condição, que segundo a intenção do testador não faça senão suspender a execução, não impede que o legatário tenha um direito adquirido e transmissível aos seus herdeiros desde o momento da morte do *de cuius* (art. 854 do cc); o que aqui fica em suspenso não é a aquisição do direito mas a execução do legado, isto é, a ação para o pedir (art. 867 do cc e art. 670 do CC).

29. Quanto ao prazo incerto e à regra romana "*Dies incertus in testamento condicionem facit*", BRUNETTI, *Il dies incertus nelle disp. testam.*, Florença, 1893; "*Termine incerto nei testamenti*" (in *Scritti giur.*, II, págs. 154 e segs.).

A aquisição do legado origina no beneficiado um direito de crédito contra o herdeiro ou a pessoa onerada, mas origina também, quando se trate de coisa determinada ou de direito sobre uma coisa determinada e no domínio do testador, a transferência da propriedade ou do direito real. Por virtude da razão creditória, o legatário tem ação contra o beneficiado para o obrigar a cumprir o legado, a cumprir a prestação, a entregar a coisa legada. Note-se, porém, que mesmo quando, tratando-se de coisa determinada, a propriedade em virtude do testamento passa diretamente para o legatário, a este não cabe *ipso jure*, a posse, visto que na posse está investido o herdeiro e apenas o herdeiro. O legatário deve, pois, pedir ao herdeiro a posse da coisa legada (art. 863 do cc e art. 649 do CC); não pode obtê-la por suas próprias mãos, sem violar a relação possessória do dito herdeiro.

A coisa deve ser entregue ao legatário com os acessórios necessários e no estado em que se encontrava no dia da morte do testador (art. 876 do cc e art. 667 do CC). Quando o legado seja de um imóvel, fazem parte dele os embelezamentos, as benfeitorias e as ampliações, mas não se compreendem as aquisições com as quais, depois de ordenado o legado, a pessoa que dispôs tivesse acrescentado o imóvel originário, ainda que se trate de acrescentamentos contíguos (art. 847 do cc e art. 667 do CC que regula a matéria de modo diferente). Não pertencem, porém, *ipso jure* ao legatário os frutos da coisa ou os juros da soma que lhe foi legada; deve pedi-los ao onerado e somente a partir do dia do pedido eles se contam, ou do dia em que o onerado tenha prometido a prestação do legado (art. 864 do cc e de modo diferente o art. 669 do CC). Em dois casos, no entanto, os frutos e os juros lhe pertencem a partir do dia da morte do testador; quando o próprio testador assim tenha expressamente determinado, ou quando o legado seja de uma propriedade, de um capital ou de outra coisa frutífera (art. 865 do cc e art. 669 do CC). Se a coisa legada estiver onerada com um foro ou com outro encargo inerente à propriedade, tal encargo é suportado pelo legatário. Se, pois, a coisa está vinculada a uma renda simples, a um censo ou outro débito da herança ou mesmo de um terceiro, o herdeiro é obrigado ao pagamento da anualidade ou dos juros e da soma principal, conforme a natureza do débito, a menos que o testador não tenha imposto pessoalmente ao legatário, no todo ou em parte, o ônus (art. 878 do cc e art. 668 do CC). Finalmente todas as despesas necessárias à prestação do legado estão a cargo da herança, salvo, também aqui, se o testador não as endossou ao beneficiado. Mas pesam sobre o beneficiado as despesas relativas ao imposto de sucessão referente à coisa

legada, posto que o seu pagamento esteja a cargo dos herdeiros, que têm para com o legatário ação de regresso (art. 877 do cc e de modo diferente o art. 672 do CC).

§ 151 — *Revogação e ineficácia das disposições testamentárias*

BRUGI, *Ist.*, § 101; PACIFICI, *Ist.*, VI, págs. 452, 870; CHIRONI, *Ist.*, II, §§ 479, 483; ZACHARIAE, *Mán.*, IV, §§ 734-737; AUBRY et RAU, *Cours*, VIII, §§ 724, 727; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 2.836 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 563-566, 638-641.

Devem apreciar-se distintamente os conceitos de revogação e de ineficácia das disposições testamentárias e dentro do conceito de ineficácia deve distinguir-se ainda a nulidade da caducidade da disposição.

*Revogação*³⁰. — O testamento, como ato essencialmente revogável, pode no todo ou em parte ser revogado pelo testador. Este caráter é de tal modo essencial que não se pode seja por que forma for renunciar à liberdade de modificar ou revogar as disposições feitas por testamento (art. 916 do cc e art. 679 do CC). Pode fazer-se a revogação de todo o testamento ou de uma ou mais das suas disposições, revogação que se faz por um testamento posterior, ou por ato perante notário e na presença de quatro testemunhas e no qual o testador pessoalmente declare revogar no todo ou em parte a disposição anterior (art. 917 do cc e art. 680 do CC). Compreende-se que quando o documento que contém o testamento esteja na posse do próprio testador (como sucede freqüentemente no testamento ológrafo) a revogação se faça geralmente mediante a sua destruição. Mas se o ológrafo foi depositado num notário, ou se se tratar de um testamento secreto, a lei não obriga a fazer novo testamento ou a praticar o ato formal da revogação para que ele fique sem efeito: autoriza o testador a retirar o documento do notário, mediante um termo de restituição, no qual, para maior garantia, deve intervir a autoridade judiciária da localidade (art.

30. VITALI, "Della revoca nel concorso di più testamenti della stessa data" (*Riv. it. p. le sc. giur.*, 1, 1886, págs. 409 e segs.); MESSINA-VITRANO, *Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e fedecommissi*, Palermo, 1914; *id.*, "Ancora sulla dottrina etc." (*Annali Fac. di Perugia*, 1919); *id.*, "L'alienazione della cosa legata o fedecommissa da Celso a Giustiniano" (*Ann. Fac. Perugia*, 1920); ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita dei legati e fedecommissi*, Pavia, 1919.

922 do cc e art. 608 do CC que regula a matéria sem a intervenção da autoridade judiciária).

Quando a revogação seja feita com um testamento posterior, só o último tem valor, deixando de ter quaisquer efeitos todos os anteriores. Porém, um testamento nulo não pode revogar um testamento anterior válido (art. 918 do cc) e, vice-versa, se com um testamento posterior se revoga um anterior, a revogação tem efeito mesmo quando o testamento posterior caduque, isto é, fique sem efeito, por o herdeiro instituído ou o legatário terem morrido antes, serem incapazes ou terem renunciado à herança ou ao legado (art. 921 do cc e art. 683 do CC).

A revogação pode, pois, ser *expressa* ou *tácita*; é *tácita*, além do caso da destruição do testamento, todas as vezes que uma disposição sucessiva esteja em contraste, por ser contrária ou incompatível, com a disposição anterior. Podem, na verdade, coexistir vários testamentos, desde que não haja incompatibilidade entre eles; havendo, prevalece o último, isto pelo princípio de que a disposição testamentária é a expressão da vontade derradeira. Daqui decorre a regra do art. 920 do cc (e art. 682 do CC), pela qual o testamento posterior, que não revogue por modo expresso os precedentes, anula destes apenas as disposições que sejam contrárias às novas ou com elas incompatíveis. Mas revogada a disposição, é um preceito positivo aquele que diz que ela não se pode ressuscitar senão mediante uma manifestação idônea da vontade, ou seja: com um novo testamento (art. 919 do cc e art. 681 do CC), não bastando retirar ou anular o precedente ato de revogação; por outras palavras: a revogação da revogação não faz reviver o primitivo testamento³¹. Quanto aos legados equivale pois a revogação, e é revogação também *tácita*, a alienação que o testador faça de toda ou de parte da coisa legada, ainda que mediante venda com pacto de resgate; a alienação implica alheamento do legado, ainda que a própria alienação seja nula ou a coisa volte à posse do testador (art. 892 do cc e art. 686 do CC). Equivale a uma alienação, e implica por isso também revogação, a transformação que o testador tenha feito da coisa legada numa outra, de modo que aquela tenha perdido as primitivas formas e denominação (art. 892 do cc e art. 686 do CC).

Além de pela vontade *tácita* ou *expressa* do testador, a revogação é às vezes feita pela própria lei, que, interpretando a vontade presumida, a

31. Cf. ASCOLI in *Riv. dir. civ.*, XV, pág. 185; GUARNERI-CITATI, "Appunti sull'art. 919 cc" (in *Circ. giur.* de Palermo, 1931, fasc. II) e "La reviviscenza delle testamentarie revocate" (*Riv. dir. civ.*, XXIII, 1931, págs. 221 e segs.); MIDRI, "La revoca espressa dei testamenti e le condizioni impossibili" (nos *Scritti per Ascoli*, págs. 725 e segs.).

ela se substitui até onde é razoável sustentar que o próprio testador teria revogado a sua disposição. Estes casos de *revogação legal* são dois e referem-se à existência de filhos do testador, por ele não contemplados no testamento; isto é, existência de filhos ignorados pelo testador ou sobrevivência de filhos não existentes ao tempo da disposição.

A lei parte do pressuposto que quem dispôs, se tivesse sabido ter filhos ou tivesse previsto que os viria a ter, não teria disposto a favor de estranhos ou só dos filhos que tinha ou sabia ter, mas teria contemplado também o filho ignorado ou o superveniente. Ora como não é possível estabelecer, nem mesmo por presunções, em que medida ele os teria beneficiado, mas por outro lado se deve presumir que não teria limitado a disposição à quota de reserva, a lei dispõe que todo o testamento seja considerado ineficaz, revogando-o com base na presumida vontade do testador: "As disposições a título universal ou particular feitas por quem ao tempo do testamento não tinha ou ignorava ter filhos ou descendentes, são revogadas de direito pela existência de um filho ou descendente legítimo do testador, ainda que póstumo, legitimado ou adotivo. O mesmo tem lugar ainda que o filho estivesse concebido ao tempo do testamento e, tratando-se de filho natural legitimado, ainda que já tivesse sido reconhecido pelo testador antes do testamento e apenas legitimado depois" (art. 888 do cc e art. 687 do CC). — Está, porém, de acordo com a própria razão da norma, que se o testador tiver providenciado quanto ao caso de existirem ou sobreviverem filhos ou descendentes, a revogação não tenha lugar (art. 888, § 2, do cc e art. 687 do CC). E corresponde aos princípios gerais o outro preceito do art. 889 do cc, segundo o qual se os filhos ou os descendentes supervenientes morrerem antes do testador, a disposição já não esteja sujeita à revogação ³².

Nulidade. — Há nulidade em sentido estrito quando todo o testamento, ou uma das suas disposições, não seja válido por falta de um requisito essencial ou por inobservância de uma norma não derogável. É nulo o testamento se não for feito por escrito ou, sendo-o, não se tendo observado as solenidades prescritas; é nulo se faltar a capacidade de quem dispõe etc. Daqui resulta que um testamento posterior nulo, da mesma forma que não pode produzir efeito algum quanto às disposições que contém, da mesma forma também não pode ter qualquer efeito quanto a revogar um testamento anterior (art. 918 do cc). — Mas ao lado da nulidade deve pôr-se,

32. Cf. ASCOLI, "La revoca delle disposizioni testam. per sopravvenienza di figli" (*Riv. dir. civ.*, 1, 1909, págs. 12 e segs.).

posto que intrinsecamente diversa, a anulabilidade ou rescindibilidade da disposição, por um vício que afete (por exemplo, um vício de vontade) ou pela inobservância de um preceito que não origine, quando violado, nulidade, mas que confere ao interessado ação de impugnação. A estas causas podem acrescentar-se aquelas segundo as quais qualquer disposição está sujeita à ação de redução. Podem sanar o vício e produzir a perda do direito de impugnação por parte dos herdeiros e depois da morte do testador, a confirmação, a ratificação ou a execução voluntária (art. 1.311 do cc e art. 590).

Caducidade. — Caducidade é propriamente a ineficácia de uma disposição testamentária por uma causa superveniente; trata-se de um obstáculo que não existia no momento da confecção do testamento, mas que sobreveio, de modo que, sendo a disposição válida em si, em virtude do obstáculo que sobreveio não pode ter eficácia. Estes obstáculos são aqueles mesmos que, se tivessem existido no momento da disposição, teriam produzido a sua nulidade, ou outros fatos de natureza diferente. Especialmente deve recordar-se a morte antecipada do beneficiado ao testador, a sua morte ao mesmo tempo, a ausência, a renúncia, a falta de verificação de condição suspensiva, a indignidade da pessoa chamada, ou não ter chegado a existir. Sintética, mas incompletamente, é o que declara o código revogado no art. 891: “A disposição testamentária caduca quanto ao herdeiro ou ao legatário que renuncia”.

No entanto, quanto aos casos de morte antecipada, de ausência, ou de indignidade, a lei faz uma exceção ao princípio da caducidade, admitindo um direito de representação a favor dos descendentes do herdeiro ou do legatário morto antes, ausente ou indigno. Na verdade, o art. 890, § 1, do cc dispõe: “Os descendentes, porém, do herdeiro ou do legatário que tenha morrido antes ou que seja incapaz, tomam o seu lugar na herança ou no legado nos casos em que seria admitida a seu favor a representação se se tratasse da sucessão intestada, exceto se o testador dispôs de outra forma, ou se se tratar de legado de usufruto ou de outro direito por sua natureza pessoal” (ver art. 467 do CC).

Com isto o direito de representação, que é um instituto próprio da sucessão legítima, é transplantado para o campo da sucessão testamentária, contra a tradição histórica, segundo a qual não se fala de representação senão na sucessão *ab intestato* e em parte violando mesmo um pouco a vontade do testador. De fato, se na sucessão legítima se compreende que os filhos ou os ulteriores descendentes do que morreu antes, ausente ou indigno,

sejam chamados à herança em seu lugar, sendo igual o afeto do defunto pelos seus filhos ou pelos seus descendentes, na testamentária o testador dispõe a favor do instituído e, se quisesse, podia, mediante substituição, contemplar também os seus descendentes, pelo que, se não o fez, é pelo menos duvidoso se a sua intenção diria também respeito a estes, na falta do instituído. No entanto, a lei entendeu poder presumir uma tal extensão da vontade e admitiu apenas que o testador, se quiser, pode excluí-la com uma disposição explícita.

Há, porém, graves discussões acerca dos limites dentro dos quais a representação se deva aplicar na sucessão testamentária. É evidente que, ao passo que na legítima a representação se aplica somente à herança, na testamentária tanto pode ter lugar na herança como no legado. E é também certo que não se possa aplicar a qualquer herdeiro ou legatário; deve verificar-se também aqui o requisito essencial da representação, que o herdeiro ou o legatário seja filho, irmão ou irmã do testador. Se fosse um parente de outro grau ou, pior, um estranho, não poderiam os seus descendentes representá-lo e reclamarem para si a herança ou o legado. Mas não se exigem outras condições além destas, pelo menos segundo a opinião mais espalhada, isto é, não se requerem aquelas outras que são um pressuposto de representação na sucessão *ab intestato*, como a falta de outros parentes mais próximos ou a igualdade de quotas³³.

§ 152 — Testamenteiros

BRUGI, *Ist.*, § 100; PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 480; CHIRONI, *Ist.*, II, § 478; ZACHARIAE, *Man.*, IV, § 725; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 2.813 e segs.³⁴.

Para assegurar todo o respeito das vontades do defunto e para eliminar ou pelo menos diminuir os motivos de discórdia entre os herdeiros, legatá-

33. Cf. BUNIVA, *Interpretazione dell'art. 890*, Turim, 1873; DE CRESCENZIO, "Considerazioni sul cpv. dell'art. 890 cc it." (*Atti R. Acc. di Napoli*, XXIII, 1889); BASILE, "La rappresentazione nelle successioni testamentarie" (*Archiv. giur.*, 1901, págs. 101, 226 e segs.); PORRINI, "Il diritto di rappresentazione testamentaria nella linea collaterale" (*Foro it.*, 1919, 1, págs. 591 e segs.); PESCATORE, "Sull'art. 890" (in *Filos. e dottrine giur.*, I, pág. 195); DIENA, "Studi sull'art. 890" (*Arch. giur.*, XVII); PORRO, *Studi sull'art. 890*, Turim, 1885; SCIALOJA, A., "La devoluzione legittima dell'eredità in caso di caducità del test." (in *St. per Fadda*, III); MELUCCI, "L'antinomia degli art. 765 e 766 col. cpv. dell'art. 890 cc it." (in *St. per Fadda*, III); BOZZO, "Interpret. del cpv. dell'art. 890 cc" (*Filang.*, 1908, págs. 241 e segs.); VENZI in PACIFICI, *Ist.*, VI, pág. 471.

34. A literatura monográfica é muito rica; cf. SCHOLZ, *Ueber Testamentsvollzieher, besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben*, Altemburgo, 1841; STURM, "Die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gem. n. preuss Rechte" (*labrb. f. die*

rios e outras pessoas beneficiadas pelo testador, criou-se o instituto dos testamentários ou executores testamentários, isto é, de pessoas nas quais o testador deposita plena confiança e às quais encarrega de dar cumprimento às suas vontades e de vigiar para que sejam respeitadas.

As origens deste instituto, desconhecido decerto do direito romano e talvez apenas lobrigado em germe no direito justiniano, pertencem ao direito da alta Idade Média. Mas o problema histórico ainda hoje está em discussão, bem como é objeto de disputas a construção dogmática e a justificação teórica dos poderes conferidos ao executor testamentário. Há quem nele veja um representante do herdeiro, um representante dos legatários e dos credores da herança, ou um representante da própria herança concebida como um patrimônio autônomo; segundo a maioria, a pessoa representada é, pelo contrário, o próprio testador, do qual apenas vem o encargo e a cuja vontade se deve dar cumprimento. A fonte desta representação diz-se depois que é um mandato, mas visto o mandato, como ato *inter vivos*, ser bilateral, é inconciliável com o ato testamentário, que é *mortis causa* e unilateral, e recorre-se ou à figura do *mandatum post mortum* ou à idéia de um mandato *sui generis*, para explicar como sucede que ao passo que no mandato ordinário a morte do mandante o faça cessar, aqui ele surja precisamente neste momento; como, ao passo que naquela o vínculo é originado pelo concenso, aqui ele seja criado por duas declarações separadas e unilaterais de vontade (testamento e aceitação); como, ao passo que o mandato é revogável e passando para o herdeiro os direitos do defunto também para ele devia passar a faculdade de revogação, aqui pelo contrário esta não pode ter lugar etc. Há finalmente escritores, que, posto que recorrendo ao conceito de mandato, sustentam que se trata de mandato sem representação; outros que concebem a função do testamentário como a de um curador especial; outros ainda que a constróem com base no conceito de ofício de direito privado, pelo qual o testamentário seria investido num ofício, que exerce em nome próprio, mas no interesse alheio.

mentsexecution, Breslau, 1883); ROSSHIRT, "Über Testamentsexecutorem (*Zeitschr. für Civ. n. crim. R.*, II, págs. 217 e segs.); BESCLER, "Von den Testamentvollziehern" (*Zeitschr. fürut. de Rech.*, IX, págs. 114 e segs.); LISSANER, *Die juristische Natur des Testamentvollstreckers*, Erlagen, 1896; LE FORT, *Des exécuteurs testamentaires*, Genève, 1878; ANFFROY, *L'évolution du testament en France*, Paris, 1899; CAILLEMER, *Étude sur les successions au moyen âge*, Lião, 1901; MONFERRATO, 'Εχτελεσται τῶν διαθηπῶν, Atenas, 1911; VITALI, *L'esecuzione testamentaria nel dir. civ. it.*, Placência, 1898; ROBERTI, "Le origini dell'esecutore testamentario nella storia del dir. it." (*Studi ec. giur. della Facoltà di Cagliari*, V, 2, 1913, págs. 5 e segs.); SAECHI-LODISPOTO, "L'esecuz. testament. nel dir. rom. e barbarico" (*St. per Fadda*, V, págs. 311 e segs.); MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Roma, 1923; BONFIGLIO, *L'esecuzione testamentaria*, Catânia, 1926.

Na realidade, entre tanta opinião, a doutrina que melhor corresponde à natureza das coisas é a que reconhece no executor testamentário um representante do testador. Para encontrar a fonte de tal representação não é sequer necessário recorrer à figura do mandato (que aqui seria, na verdade, inconcebível e à qual, aliás, a maioria recorre unicamente por analogia ou semelhança). Como no testamento se podem conter as mais variadas disposições de caráter patrimonial e não patrimonial, entregas de bens próprios ou alheios e constituição de direitos reais, criação de relações familiares e determinações atinentes à própria pessoa que dispôs, ao seu cadáver, às produções do seu engenho, às suas relações de ordem moral, religiosa etc., da mesma forma pode conter um encargo que, ainda que não seja em muitos lados análogo ou afim da figura contratual do mandato, é propriamente mandato.

Por isso a relação é construída de modo independente das noções de contrato, com base em princípios que presidem à sucessão *mortis causa* e à testamentária.

O testador pode nomear um ou vários testamentários (art. 905 do cc e arts. 700 e 701 do CC); vulgarmente escolhê-los-á entre estranhos à sucessão, visto que a função se exerce melhor por quem não tenha interesses próprios na herança, mas nada impede que possa nomear um ou vários dos próprios herdeiros ou dos legatários, sendo em tal caso distintas e independentes as duas qualidades de testamentário e de beneficiado. E porque uma e outra qualidade se não assumem contra vontade, bem pode o chamado à herança ou ao legado assumir a qualidade de herdeiro ou de legatário e repudiar a de testamentário, ou vice-versa, salvo se o testador condicionou uma à outra.

Como ofício que implica atos de administração e às vezes de disposição, a execução testamentária não pode ser conferida senão a pessoa *capaz*, sendo pois incapazes os menores, que nem mesmo com a autorização do pai ou do tutor poderão assumir essa função (art. 905 do cc e art. 701 do CC); igualmente os interditos, quer por condenação quer por enfermidade mental, e posto que gozem de uma capacidade limitada, são excluídos os menores emancipados e os inabilitados, visto a lei (art. 904 do cc e art. 701 do CC), com uma fórmula ampla, proibir que assumam tal função todos aqueles que não podem contrair obrigações, mostrando assim que se exige para o testamentário uma capacidade plena. — Como poder que deriva do defunto e tem a sua causa jurídica na morte do hereditando, a sua nomeação deve conter-se *em testamento*, não se podendo fazer validamente por um ato *inter vivos*. — Como ofício privado e espontaneamente assumido,

é ao mesmo tempo livre e gratuito: *livre*, visto que o testamentário pode recusar a nomeação, ainda que seja herdeiro ou legatário, mas, desde que tenha aceito o encargo, já não pode abandonar as suas funções sem uma causa justa, incorrendo em responsabilidades análogas às do mandatário que renuncia ao encargo com prejuízo para o mandante (art. 1.761 do cc e art. 1.727 do CC); gratuito, porque nenhuma retribuição lhe cabe de direito pelo trabalho que executa e apenas tem direito ao reembolso das despesas feitas com o inventário e com a prestação de contas ou com qualquer outra indispensável ao exercício das suas funções, que estão a cargo da herança (art. 911 do cc e arts. 711 e 712 do CC). Só ter direito a uma retribuição se o testador expressamente a estipulou. — Finalmente, como ofício estritamente *pessoal*, é intransmissível, incomunicável e indivisível; se o testamentário morre, as suas atribuições não passam para os seus herdeiros (art. 909 do cc), nem ele as poderia confiar a outros, excetuando-se a faculdade de se socorrer do trabalho técnico ou da ajuda de um terceiro subordinado ou dependente, que totalmente será estranho à relação de execução testamentária. Se forem vários os executores ou testamentários, concorrem todos juntamente na administração e na gestão do encargo, mas cada um pode, quando os outros estejam impedidos ou desprezem o encargo assumido, agir sozinho como investido na plenitude dos poderes, sendo todos responsáveis solidariamente quanto às contas do patrimônio mobiliário, que o testador lhes tenha confiado (art. 910 do cc e art. 700 do CC). Em todos os outros casos deve admitir-se a responsabilidade pessoal e separada de cada um, especialmente quando o testador tenha dividido entre vários as funções, designando para cada um o seu trabalho, hipótese na qual faltaria nos outros a faculdade de se ingerirem na esfera atribuída a um executor diverso (art. 910 do cc e art. 700 do CC).

Depende da vontade do testador a maior ou menor latitude de funções, que o testamentário é chamado a exercer e deve-se por isso em primeiro lugar recorrer ao testamento para determinar os limites dos poderes. Na falta, aplicam-se as normas (supletivas) ditadas pela lei. Deduzindo das suas disposições especiais o conceito geral, pode dizer-se que a função do testamentário reside em administrar os bens hereditários, em vigiar a sua guarda e conservação, e em liquidar tantas partes quantas sejam necessárias para que seja cumprida a vontade do defunto, satisfeitos os legados, pagar todas as despesas necessárias para conservação dos bens e direitos hereditários e para conseguir a execução do testamento. Como se vê, trata-se de poderes distintos, e cada vez mais intensos, visto que se vai da vigilância na administração e da administração até à disposição dos bens.

Mas nem sempre com os poderes de vigilância e gestão se verificam os de disposição. É necessário, a este respeito, distinguir conforme o testador tenha ou não atribuído a posse dos bens.

A lei permite ao testador que conceda ao testamentário a posse imediata de todo o seu patrimônio mobiliário (art. 906 do cc e art. 703 do CC), com o fim precisamente de assegurar melhor o cumprimento da vontade, o pagamento dos legados e das despesas da herança etc. Dos imóveis nunca se pode conceder a posse, pois que eles são (segundo o conceito tradicional) considerados como de superior importância, e nos próprios móveis há um limite de tempo, não permitindo a lei que dure por mais de um ano a partir da morte (art. 906 do cc e art. 703 do CC). Quando, pois, seja conferida a posse, poderá falar-se da faculdade de disposição no executor, limitada, porém, sempre por aquele fim referido, isto é, ao pagamento dos legados, a fazer face às despesas para execução do testamento etc., e compreende-se que os mesmos poderes de administração sejam aqui mais amplos, que no caso em que a posse não seja conferida. — Esta posse que a lei designa como “imediate”, considerando “real” e ao mesmo tempo independente e direta, não destrói a posse de direito e legítima que pertence quanto a todos os bens hereditários aos herdeiros; a disposição do art. 906 do cc (e art. 703 do CC) não está em oposição com a do art. 925 do cc (e art. 460 do CC), mas cria, ao lado da posse de direito e *nomine proprio* dos herdeiros, uma posse de fato e *nomine aliena* do testamentário, ao lado da posse legítima dos primeiros uma posse natural do segundo, isto é, duas posses subordinadas, tendo cada uma finalidade e tutela próprias, de modo que assim como os herdeiros podem (mesmo sem a detenção) agir possessorialmente contra os terceiros, da mesma forma o testamentário, que é mero detentor e não tem *animus domini*, pode levar a efeito atos de disposição. É, pois, a do testamentário, uma posse natural, que conciliando-se com a posse de direito dos herdeiros, de certo modo a vence, quer porque é acompanhada do poder de alienação, quer porque pode ser adquirida diretamente, uma vez que o testamentário tem a faculdade de nela se integrar sem pedir licença aos herdeiros. Mas, por outro lado, dada a sua finalidade, não pode ser duradoura (cessando em qualquer caso decorrido que seja um ano), não se podendo manter dentro do ano se os herdeiros fazem com que desapareça o seu fim, cumprindo tudo quanto o testador quis; na verdade eles têm a faculdade de a fazer cessar, consignando ao testamentário uma quantidade de dinheiro suficiente para pagamento dos legados mobiliários, provando tê-los satisfeito ou, por outro modo, oferecendo garantias e

cauções que assegurem o seu pagamento pelos modos e no tempo queridos pelo testador (art. 907 do cc e art. 707 do CC).

Quer ou não o encargo da execução se acompanhe da posse, as obrigações fundamentais e específicas do testamenteiro podem resumir-se da seguinte forma:

a) deve, em primeiro lugar, fazer proceder à imposição de selos, quando entre os herdeiros haja menores, interditos, ausentes ou um corpo moral (art. 908 do cc e art. 705 do CC);

b) deve, haja ou não entre as pessoas chamadas incapazes, prover à formação do inventário, que será feito na presença do herdeiro presumido ou depois de o ter devidamente citado (art. 908, § 1 do cc e art. 705 do CC), sem que o testador tenha a faculdade de o dispensar de tal obrigação;

c) deve vigiar pelo cumprimento do testamento e, assim, depositá-lo e fazê-lo publicar nos termos da lei, defender e assegurar as vontades que nele se contêm, com a faculdade (e não a obrigação) de sustentar a validade do testamento, intervindo nas respectivas ações quando seja impugnado (art. 908, § 3 do cc e art. 703 do CC);

d) deve providenciar quanto ao pagamento dos legados e das outras despesas originadas pela sucessão, empregando nelas as coisas e os dinheiros que constem do acervo. Quando neste não haja dinheiro suficiente, deve pedir à autoridade judiciária licença para vender os bens móveis, dentro dos limites bastantes, e sempre quando todos os herdeiros não tenham previamente consentido na alienação (art. 908, § 2 do cc e art. 703 do CC);

e) deve, dentro dos limites necessários ao fim citado, ou nos limites mais amplos fixados pelo testador, administrar com a diligência do bom pai de família os bens hereditários, limitando em regra a sua ação aos atos de conservação e de mera gestão ordinária; não pode, por exemplo, proceder a execuções contra os devedores da herança para além do que seja necessário para pagar os legados e despesas da sucessão, e não pode tratar do pagamento dos débitos hereditários, pois que tal é missão que compete aos herdeiros e respeita às operações de divisão (art. 703 do CC);

f) deve finalmente prestar contas da sua administração expirado que seja um ano a contar da data da morte (art. 908, § 4 do cc e art. 709 do CC), com responsabilidade separada e pessoal de cada um se forem vários os testamenteiros nomeados e que tenham aceite, e pelo contrário

com responsabilidade solidária se lhe tiver sido atribuído a posse dos móveis (art. 910 do cc e art. 709 do CC) e também neste caso com responsabilidade pessoal se o testador dividiu as funções e cada um se manteve nos limites das atribuições que lhe foram conferidas.

A relação de execução testamentária acaba ao terminarem as funções, e como o limite máximo de um ano respeita unicamente à posse, pode ela durar por mais tempo. Termina com a morte do testamenteiro, por tratar-se de ofício pessoal e intransmissível. Pode cessar finalmente por remoção, quando, não correspondendo à confiança nele depositada ou administrando mal, provoque da parte dos herdeiros uma ação judiciária ou uma decisão do juiz, que tem indubitavelmente o poder (posto que a lei não faça qualquer referência) de o remover e de assegurar, mediante oportunas providências, os direitos dos legatários e de qualquer outro interessado.

FIM DO VOLUME III