

Testamento. Caducidade de legado e direito de crescer. Lei injusta. Prevalência da vontade do testador.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis.

“Quem é encarregado de tomar uma decisão em direito, seja ele legislador, magistrado ou administrador público, deve arcar com as responsabilidades. Seu comprometimento pessoal é inevitável, por melhores que sejam as razões que possa alegar em favor de sua tese.” (CHAIM PERELMAN).

Processo nº 5777-1

PARECER

Trata-se de arrolamento de bens movido por Marilena de Carvalho Pires em razão do falecimento de Albertina Braga de Carvalho, no dia 25/10/98, no Hospital Alcides Carneiro, Petrópolis, cidade onde a falecida residia, sendo a mesma separada judicialmente e não tendo deixado herdeiros necessários.

Em apenso, encontra-se processo de registro, cumprimento e arquivamento de testamento celebrado pela falecida, em 29 de maio de 1.981, no cartório do 7º Ofício de Notas de Petrópolis.

Na petição inicial, a testamenteira trouxe questão de ordem a ser resolvida, qual seja, o fato de que uma das legatárias, a irmã Dinorah Braga de Carvalho Gavião, faleceu antes da testadora, ou seja, em 05/10/93, deixando herdeiros, afirmando que, mesmo não explicitando essa vontade, fica clara a intenção da testadora de que todos recebam legados, já que os outros legatários são exclusivamente sobrinhos.

Pleiteia, ainda, a testamenteira seja nomeada inventariante, descrevendo desde logo os bens deixados, quais sejam, o apartamento nº 1005 do prédio localizado na Rua General Osório, nº 89, Centro, Petrópolis, e os móveis que o guarnecem.

Com relação às letras de câmbio e saldos em espécie, afirma que já não existem, pois a testadora deles se valeu para prover o próprio sustento, conforme escrito particular de fl. 30.

Indica como legatários os filhos de Dinorah, Elias Escobar Gavião Júnior, Eli Carvalho Escobar Gavião e Elci Carvalho Escobar Gavião; os filhos de Samuel Braga de Carvalho, já falecido, com Nilda Arnizaut de Carvalho, de no-

mes Lia Maria de Carvalho Caldeira, Maria Lia de Carvalho Guimarães e Ângela Maria Arnizaut Fulchi Vianna; e os filhos de Jarbas Braga de Carvalho, também falecido, com Maria de Lourdes Lima de Carvalho, sendo eles Marilena de Carvalho Pires (inventariante) e Jarbas Ronaldo Lima de Carvalho. Todos são sobrinhos da falecida.

À fl. 08, apresenta a testamenteira esboço de partilha, na forma como instituída pelo testamento.

Com a petição inicial, vieram os documentos de fls. 11/38.

A testamenteira voltou a peticionar à fl. 40, fazendo juntar aos autos certidões de quitação fiscal.

Em nova petição de fls. 69/72, a testamenteira modifica seu entendimento inicial, ao afirmar que com a morte da primeira legatária, o legado caducou, ocorrendo, então, o direito de acrescer, passando a parte destinada a Dinorah a integrar o monte, que por ela foi avaliado em R\$25.400,00 (vinte e cinco mil e quatrocentos reais).

Em despacho de fl. 95, V.Exa. manifestou o entendimento de que, em relação aos herdeiros de Dinorah Braga de Carvalho Gavião, aplica-se o disposto no art.1712 do Código Civil, à exceção de Elias Escobar Gavião Júnior, mencionado expressamente em cláusula testamentária.

A testamenteira manifestou-se às fls. 97/98 no sentido de ser parcialmente revisto o citado despacho, uma vez que a referência a Elias se faz apenas quanto ao dinheiro e letras de câmbio, que, conforme atesta o documento particular juntado, não mais existem.

Ouvido o MP, manifestou-se o ilustre colega no sentido da impossibilidade do direito de acrescer, por não haver disposição conjunta, nem ser o bem indivisível. Quanto aos filhos da legatária pré-morta, afirma que devem suceder a parte da mãe, por estar vaga a cota.

Nova irrisignação da testamenteira, às fls. 102/103, reafirmando que a parte legada a Elias já pereceu, e que, em relação à Dinorah, verificou-se o fenômeno da caducidade do legado, com a incidência do art. 1708 do Código Civil.

Os autos vieram ao MP para manifestação acerca do requerimento de alvará para venda do imóvel.

É o relatório. Segue o parecer.

Ao Ministério Público apresenta-se uma questão a ser dirimida antes da decisão sobre a venda do imóvel. Diz ela respeito à questão de ordem inicialmente levantada pela testamenteira.

Realmente, a interpretação adotada no r. despacho de fl. 95 define a controvérsia, do ponto de vista legal. Afinal, ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“Falecendo o legatário antes do testador, caduca o legado, que se torna insubsistente por falta de sujeito

(CLÓVIS BEVILÁQUA). Não há transmissão aos sucessores porque se não constituía ainda nenhuma relação jurídica para o legatário. Demais disso, como todas as liberalidades testamentárias, o legado é feito *intuito personae*, não podendo ser recolhido por outrem." (*Instituições de Direito Civil*, vol. VI, 2ª edição, Forense, 1.994, pp. 197/198).

Tal é a disposição expressa do art. 1708, nº V, do Código Civil. E, com a devida vênia do colega que se manifestou à fl. 99vº dos autos, o apartamento é um bem indivisível. O que é divisível é o direito sobre ele instituído. Assim leciona ORLANDO GOMES:

"Dizem-se *indivisíveis* as coisas que se não podem partir sem alteração em sua substância, ou sacrifício do seu valor.

...
A indivisibilidade dos direitos não depende do objeto em que recai. Pode este ser divisível e o direito indivisível (uma servidão predial). Por outro lado, há direitos sobre bem indivisível, que, não obstante, são divisíveis, embora abstratamente (o condomínio)." (*Introdução ao Direito Civil*, 10ª edição, Forense, 1.988, pp. 233/234).

Desnecessário tecer comentários sobre o trecho destacado, que define bem a situação do imóvel objeto do arrolamento, e que, por ser coisa indivisível, permite a configuração do direito de acrescer, tal como prevêm os arts. 1710, parágrafo único, e 1712, ambos do Código Civil.

Portanto, em linha de aplicação literal dos comandos normativos, restaria concordar com a segunda proposta da testamenteira, excluindo-se os herdeiros da legatária Dinorah Braga de Carvalho Gavião. Nesse caso, forçoso seria concluir pela autorização para venda do imóvel, como requerido pela testamenteira.

Ocorre que, se nos detivermos mais atentamente ao documento de fl. 30 dos autos, que foi acostado pela própria testamenteira como forma de explicar a ausência de saldos bancários e letras de câmbio, ver-se-á que em 1.986, cinco anos após a lavratura da escritura de testamento, a testadora declara:

"... gastei esta importância, devido o alto custo de vida. Então deverão vender o apartamento e tirar as despesas do inventário ou testamento e honorários de advogado etc, pois não há esse saldo, tenho vivi-

do com o que meus sobrinhos Elias e Eli tem me ajudado e minha irmã e também da venda de uns móveis, telefone *etc* e quando consigo alugo quarto. Para não haver dúvidas deixo esta nota e também para evitar novo testamento que não tenho condição de fazer por motivos financeiros; espero que compreendam e que sejam amigos como tem sido até agora, que era a vontade da mamãe.” (*sic*)

Do que a testadora afirma, tem-se que a sobrevivência da mesma dependia da ajuda da irmã, ou seja, de Dinorah, pois os outros irmãos já eram falecidos, e de dois filhos de Dinorah, Elias e Eli. Ou seja, dos legatários, apenas a irmã e seus filhos cuidavam da testadora. E isso é reconhecido pela própria testamenteira em sua petição inicial, ao levantar a questão de ordem.

Observe-se que a testadora elaborou seu testamento aos 67 anos, sendo que veio a manifestar a correção de fl. 30 aos 72 anos, já se dizendo incapaz de arcar com as custas de novo testamento. A irmã Dinorah vem a falecer quando atinge a testadora a idade de 79 anos, ocasião em que a substituição deveria ser feita. Nada indica, porém, que sua situação financeira tenha se alterado. A morte alcança a autora da sucessão aos 84 anos.

Tudo isso é dito e esclarecido para demonstrar a situação de extrema injustiça a que se chegaria com a aplicação rígida da norma que determina a caducidade do legado, quando os próprios beneficiados pelo direito de crescer reconhecem, na petição inicial, que não era essa a intenção da testadora.

A exordial destes autos faz referência ao art. 1666 do Código Civil, como forma de fazer prevalecer a vontade do testador. Voltemos às lições de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“O problema da hermenêutica da vontade é uma constante, e consiste em perquirir o querer do agente. Cogitando da interpretação do negócio jurídico, o Código Civil (art. 85) enuncia regra segundo a qual nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. Sendo o testamento um negócio jurídico, o princípio é transponível para aqui. Mas em face da necessidade de um maior aproveitamento do ato (*favor testamenti*), cujos efeitos ocorrem num momento não raro distante daquele da emissão volitiva, o legislador enuncia norma ainda mais abrangente, e estabelece que na diversidade de entendimentos que uma cláusula testamentária possa comportar, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador

(Código Civil, art. 1666).

...
Não se pode perder de vista, além do que acima se disse, que ao fator psíquico da declaração testamentária não falta o elemento afetivo, em torno dela explodindo às vezes paixões e interesses em conflito. Outros subsídios, extraídos das relações pessoais como de documentação privada, podem concorrer no esclarecimento, quando a análise da manifestação cartular se revela inoperante." (ob. cit., pp. 180/182).

A prevalecer a rígida aplicação da norma que determina a caducidade do legado, mesmo contra a vontade da testadora, estaremos diante do problema da lei injusta, assim fixado por PLAUTO FARACO DE AZEVEDO:

"Afastando-se o positivismo, pode-se admitir realisticamente a existência das leis injustas, por desconhecerem ou ignorarem as necessidades sociais ou por traduzirem interesses de setores, classes ou grupos sociais em detrimento do bem-comum. Pode também acontecer que a lei atenda às exigências da justiça, revelando-se, entretanto, injusta sua aplicação ao caso concreto, cuja singularidade resiste a seu enquadramento legal." (*Aplicação do Direito e Contexto Social*, RT, 1.996, p. 139).

A situação dos autos enquadra-se, certamente, na segunda hipótese, já que não se pode atribuir à regra sobre a caducidade do legado qualquer injustiça em tese, valendo repisar o caráter personalíssimo do legado, como definido por CAIO MÁRIO.

É evidente, também, que, sob o pretexto de afastar-se a aplicação de uma norma de direito positivo, não pode o intérprete, em especial o magistrado, substituí-la por seu critério pessoal de justiça, sob pena de regressarmos ao tempo da escola do Direito Livre, com as gravíssimas conseqüências que isso traria para o convívio social. Importante trazer a manifestação de PERELMAN:

"O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público – pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder – impede identificar,

pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo." (*Lógica Jurídica*, Martins Fontes, 1998, p. 98).

Mas é o mesmo autor que afirma, em outras passagens:

"o juiz não pode considerar-se satisfeito se pôde motivar sua decisão de modo aceitável; deve também apreciar o valor desta decisão, e julgar se lhe parece justa ou, ao menos, sensata.

...

A interpretação da lei, para ser aplicada a um caso específico, deve ser considerada uma hipótese, que só será adotada definitivamente se a solução concreta em que redundará afigurar-se aceitável. Somente levando em conta essa dupla exigência, que exige um vaivém da mente, da situação vivida à lei aplicável, compreenderemos a especificidade do pensamento jurídico.

...

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil." (ob. cit., pp. 96, 115 e 216).

De tudo o que foi exposto, tem-se que a aplicação da norma da caducidade do legado configura injustiça flagrante, por violação da vontade manifesta da testadora, apesar do aspecto literal da cláusula.

Não se postula, ao contrário, a negação da vigência da lei positiva, em favor da prevalência de critério abstrato de justiça, mais afeito à Moral que ao Direito. Pretende-se, em verdade, cumprir a verdadeira vontade do testador, valendo-se do que OTHON SIDOU denomina de interpretação corretiva. Confira-se:

"Mencionamos atrás a possibilidade de esbarrar o intérprete num preceito que, a aplicar-se ao caso concreto, estorvaria interesses que, por se pretenderem superiores, cabe preservar; a fonte em que o caso se afina lhe é nociva ou injusta, embora o não fosse se o caso não se revestisse de dadas peculiaridades.

Ao intérprete cabe, portanto, encarar o preceito com o raciocínio simplista de que, se o legislador tivesse em mente um caso de tal natureza no momento da elaboração legislativa, decerto lhe teria conferido um tratamento não injusto nem inoportuno.

Não se trata aqui, na interpretação corretiva, de correção da letra da lei, o que seria o resultado das interpretações estrita e ampla. Trata-se, isso sim, de corrigir o preceito não em sentido objetivo, porém em face ao seu caráter prestante, ou seja, empregando uma técnica exclusivamente subjetiva. A correção procede-se para o efeito de que a lei acompanhe as regras de equidade – fulcro no ensinamento aristotélico – num dado momento para um dado caso.” (*O Direito Legal*, 1985, Forense, pp. 128/129).

Afinal, se a afirmação de que o Direito não se confunde com a lei não é apenas simples figura de retórica, para agradar aos iniciantes do estudo do Direito, é preciso buscar no próprio Direito a solução para os casos difíceis, considerando o Direito como um sistema, em que uma norma jurídica não pode ser interpretada isoladamente das demais. Logo, só se dará a caducidade prevista no art. 1708, nº V, do Código Civil, se esta for realmente a vontade do testador.

Em suma, há que se considerar os herdeiros de Dinorah Braga de Carvalho Gavião como sucessores do legado instituído no testamento de Albertina Braga de Carvalho, não por inconstitucionalidade da norma positiva que determina a caducidade do legado, mas pela aplicação da interpretação da cláusula testamentária que a faça mais se aproximar da vontade do testador, observando suas próprias palavras em escrito particular, e levando em consideração a questão da idade da testadora, bem como a dificuldade financeira da mesma, para considerar que o testamento destinava-se a amparar todos os sobrinhos, com especial atenção para os filhos de Dinorah.

Tal solução é também preconizada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Civil. Sucessão. Testamento. Formalidades. Extensão.

O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuidadas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam –

razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.

Recurso não conhecido.”

(REsp nº 302.767-PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, v. un., julgado em 05/6/01, publicado no DJU de 24/9/01).

Isto posto, opina o Ministério Público no sentido de reconhecer-se o direito dos herdeiros de Dinorah Braga de Carvalho Gavião sobre o legado a esta destinado, passando a valer a partilha inicialmente apresentada, e, por conseguinte, pelo indeferimento da expedição do alvará, até que venham aos autos os herdeiros de Dinorah, devidamente representados.

Petrópolis, 14 de março de 2002.

PEDRO DE OLIVEIRA COUTINHO
Promotor de Justiça