

O TESTAMENTO EM GERAL

Sílvia de Salvo Venosa*

1 Introdução. 2 Aspectos históricos. 3 Definição, conceito e seus elementos constitutivos. 3.1 O testamento é negócio jurídico. 3.2 O testamento é ato unilateral. 3.3 O testamento é ato de última vontade ou *causa mortis*. 3.4 O testamento é negócio jurídico revogável. 3.5 O testamento é ato solene. 3.6 O testamento é ato personalíssimo. 4. Disposições não patrimoniais do testamento. 5. Gratuidade do testamento. 6 Referências.

RESUMO

O presente artigo trata do testamento como negócio jurídico, abrangendo seus aspectos históricos, definição, conceito, elementos constitutivos e características.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão. Testamento. Negócio Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

Apenas tecnicamente podemos dizer que a sucessão legítima, entre nós, é supletiva da sucessão testamentária. Já se tornou clássica entre nossos doutrinadores a afirmação consagrada por Washington de Barros Monteiro de que “para dez sucessões legítimas que se abrem ocorre uma única sucessão testamentária”.¹ Apesar do tempo decorrido, essa situação pouco se alterou, embora seja já percebida uma maior utilização desse instrumento. O tema, porém, não deixa de ser importante, talvez pelo fato de ser parca a jurisprudência entre nós, sem a necessária flexibilidade que só a reiteração de julgados proporciona.

As causas da utilização restrita do testamento em nosso meio estão, sem dúvida, afetas a fatores estranhos ao direito. A questão é principalmente sociológica. No entanto, ao lado das causas que comumente se apontam, tais como a excelência da sucessão legítima, como tendência natural dos titulares de patrimônio, ou o apego à vida, porque testar é se lembrar da morte, há o fato de que o excesso de solenidades do testamento, com o risco sempre latente de o ato poder sofrer ataques de anulação após a morte, afugenta os menos esclarecidos e mesmo aqueles que, por comodismo, ou receio de ferir suscetibilidades, não se abalam em pensar em disposições de última vontade. Todavia, não se pode afir-

* Juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Advogado em São Paulo-SP.

mar seja rara a sucessão testamentária. Não o é. Como todo fenômeno jurídico, adapta-se ao fato social, adequando-se ao momento histórico. Como o direito sucessório é corolário imediato da família e mediato do direito de propriedade, também a sucessão testamentária é consequência do posicionamento da família e da propriedade dentro do contexto legal, do ordenamento jurídico.

Com as modificações feitas pelo Código de 2002 na ordem de vocação hereditária, com o malévolo imbróglio criado pelo legislador, mormente no tocante à sucessão do cônjuge e do convivente, tendo também em vista o aspecto da reprodução assistida após a morte do pai ou da mãe, o testamento ganha nova força. O Código vigente, por outro lado, de certa forma facilitou a elaboração do testamento, simplificando suas formalidades.

Destarte, o direito testamentário deve voltar-se para as transformações que sofrem hoje a família e a propriedade, procurando a lei acompanhar agora os novos fenômenos sociais. Assim, sem esquecer do formalismo inerente ao testamento, invólucro que tem em mira validamente proteger a vontade do morto, esse formalismo deve ser adaptado à época do computador, para servir àquelas duas instituições, dinamizando-se as disposições do Código Civil já anacrônicas, hoje mero exemplo de academismo jurídico. Daí por que plenamente dispensável o excessivo número de regras para interpretar a linguagem testamentária, repetidas injustificadamente no atual Código.

De qualquer forma, não se pode negar que o testamento constitui um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois é nele que se revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Primitivamente, o testamento não era conhecido. Como assevera Fustel de Coulanges², o princípio, nas civilizações antigas, era de que toda propriedade estava ligada ontologicamente à família e, por meio da religião, não se podia afastar dela. Assim era no direito hindu e no direito grego. Na própria Roma, antes das XII Tábuas, que não são propriamente direito primitivo, a questão apresentava-se obscura. Mesmo na Lei das XII Tábuas, o trecho é por demais pequeno para uma visão de conjunto. Pelos textos dos compiladores posteriores, pôde-se saber que as formas normais de testamento eram as *calatis comittiis* e a *in procinctu*. O *testamentum calatis comittiis* era feito por ocasião dos comícios, duas vezes por ano, em épocas especiais, sob a presidência do pontífice máximo, ocasião em que, com o povo por testemunha, cada pai de família podia manifestar sua última vontade. Essa forma era utilizada para os tempos de paz e caiu em desuso no século II a.C. O testamento *in procinctu* era feito perante o exército posto em ordem de combate, em tempo de guerra. Caiu em desuso no século I a.C.

Mais recente e dentro ainda do período pré-clássico, surgiu o testamento *per aes et libram* (cerimônia com a balança e bronze) (*Institutas*, Gaio, 2,102).

Quem não se tivesse utilizado das duas modalidades anteriores e temesse a morte entregava seu patrimônio (com alienação por preço fictício) a um amigo, por meio do negócio denominado *mancipatio*, dizendo o que desejava que este desse a cada um após sua morte. As duas formas anteriores, caindo em desuso, fizeram perdurar unicamente a do “bronze e da balança” (*Institutas*, Justiniano, 2,10). Não há dúvida de que a partir daí o testamento passa a ser o ato mais importante que um *pater familias* podia praticar como chefe do grupo familiar³. De sua forma original, mais solene, também o *per aes et libram* evoluiu para fórmulas menos complexas, tendo sido primeiramente oral, para após poder ser feito também mediante escrita. Esse testamento, utilizado desde os fins da república, chegou até os primeiros séculos do principado⁴ (ver nosso *Direito civil: parte geral*, seção 3, acerca das fases do Direito Romano).

Para evitar as múltiplas solenidades que ainda acompanhavam esse mais recente testamento, a extinção do formalismo proveio do trabalho dos pretores, e difundiu-se na prática o testamento pretoriano. No direito clássico, passa o pretor a admitir como testamento válido o escrito apresentado a sete testemunhas, ao qual estivessem apostos seus respectivos selos. Acentuam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia que a evolução dessa nova forma de testamento não pode considerar-se completa senão a partir do século II d.C., quando foi permitido ao *bororum possessor secundum tabulas* repelir com a *exceptio doli* a pretensão do herdeiro legítimo e, em certos casos, até a do instituído por força de um testamento civilmente válido (a *exceptio doli* é uma forma de defesa).⁵

É, finalmente, no Baixo Império ou período pós-clássico que surgem de molde embrionário as formas de testamento que chegaram até nós. Aí estão os testamentos privados (derivados do *per aes et libram* e do testamento pretoriano, sem participação de agente do Estado) e testamentos públicos, surgidos nessa fase histórico-jurídica. Entre os testamentos particulares, incluem-se o nuncupativo (à beira da morte), o hológrafo (particular) e o *tripertitum*, assim denominado porque decorre da fusão do direito civil antigo, do direito pretoriano e das constituições imperiais (*Institutas*, Justiniano, 2,10,3).

Entre os testamentos públicos, temos então o *principi oblatum*, pelo qual o testador apresentava ao príncipe seu ato de última vontade, que era confiado ao poder público para arquivá-lo, e o *apud acta conditum*, que nada mais era do que a declaração de última vontade do testador ao juiz ou autoridade municipal, que a reduzia a termo.⁶ Delineiam-se, pois, nessa fase, as formas de testamento utilizadas até hoje.

Também foram conhecidas no Direito Romano as formas anormais de testamento, tais quais as reconhecem os códigos modernos, como o testamento militar, o testamento em tempo de peste (*testamentum pestis tempore*) e o testamento rurícola, para o meio rural (*ruri conditum*).

Em Roma, o herdeiro era continuador da personalidade do morto, dentro da família, e do culto dos antepassados. Por isso, não se admitia o recebimento

do patrimônio que não fosse íntegro: não podia o testador dispor de apenas parte de seus bens; se assim o fizesse, o aquinhoado viria a herdar todo o patrimônio. Daí a razão do brocardo já referido *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*. A única exceção a tal regra era para o testamento dos militares. Impossível, então, a convivência das duas formas de sucessão: a testamentária e a legítima.

Não foi, entretanto, o testamento romano recebido na forma originária pelas legislações modernas. Na Idade Média, inclusive, sua função achava-se praticamente extinta, servindo apenas para fazer legados *pios pro bono et remedio animae*.⁷ Tornou-se costume deixar sempre algo para a Igreja. O falecido que disso se olvidava era logo socorrido pelos herdeiros, que supriam “a falta”. Esse costume, contudo, teve o eficaz resultado de fazer os povos bárbaros assimilarem a noção de testamento, à qual eram totalmente avessos. Entre os germanos, o testamento difundiu-se lentamente por influência da Igreja. Em Portugal, as Ordenações Afonsinas aceitaram e adotaram a noção romana de testamento, assim também a compilação filipina.

Desse modo, antes do Código Civil de 1916, as formas testamentárias, segundo as Ordenações Filipinas, eram: o testamento aberto ou público, feito por tabelião; o testamento cerrado, com o respectivo instrumento de aprovação; o testamento feito pelo testador (particular) ou por outra pessoa e o testamento *per palavra* (nuncupativo), com a assistência de seis testemunhas. Segundo Itabaiana de Oliveira, a tais espécies de testamento, pertencentes à compilação filipina, os civilistas acrescentaram: o testamento marítimo, o testamento *ad pias causas*, o testamento *inter liberos*, o testamento *rure factum*, o testamento *pestis tempore* e o testamento conjuntivo ou de mão comum, todos revigorados do Direito Romano do Baixo Império.⁸

Nosso Código Civil de 1916 instituiu os testamentos público, cerrado, particular, marítimo e militar, tendo admitido o nuncupativo apenas como forma de testamento militar e abolindo, assim, as demais formas. Não se admite expressamente o testamento conjuntivo ou de mão comum. O Código de 2002 apenas acrescenta a possibilidade do testamento aeronáutico, como forma especial, mas cria uma expressiva modalidade de testamento particular excepcional, com mínima formalidade (art. 1.879).

3 DEFINIÇÃO, CONCEITO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Repetimos com firmeza que não é de boa técnica o legislador usar de definições. Todavia, dada a necessidade de segurança e certeza máximas para a eficácia e validade do negócio jurídico, de maneira geral, todas as legislações definem o que seja *testamento*.

No Direito Romano, como lembra Moreira Alves, encontramos duas definições de testamento: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valent* (O testamento é o testemunho

justo de nossa mente feito de forma solene para que valha depois de nossa morte) (Ulpiano) (*Liber singularis regularum*, XX, 1). *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (O testamento é a justa expressão de nossa vontade a respeito daquilo que cada qual quer que se faça depois de sua morte) (Modestino D., XX-VIII, 1,1). As expressões latinas não perdem a perenidade.⁹

Nosso Código de 1916, no art. 1.626, dizia: “considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. Em nosso caso, a definição de um instituto é exceção no sistema jurídico, não sendo isenta de críticas. Washington de Barros Monteiro qualifica de “manifestamente defeituosa essa definição por não mencionar as disposições de caráter não patrimonial que podem constar dos atos de última vontade”.¹⁰ O Código de 2002 atendeu a essa crítica, suprimindo a definição e dispondo no art. 1.857, § 2º, que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Como veremos, embora a finalidade precípua do testamento seja dispor dos bens para após a morte, pode o ato conter disposições sem cunho patrimonial, como o reconhecimento de filiação, a nomeação de um tutor ou curador, a atribuição de um título honorífico.

A omissão, na definição, acerca das disposições patrimoniais no Código de 1916 não era só nossa. Os códigos estrangeiros também a elas não se referem. Exceção é o moderno Código Civil português, que define em seu art. 2.179:

Diz-se testamento o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. As disposições de caráter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um ato revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de caráter patrimonial.

Nossa definição legal do diploma anterior também omitia ser o testamento ato pessoal, na verdade personalíssimo, unilateral, solene e gratuito. Como vemos, é impossível encontrar a definição perfeita, mormente na ciência jurídica. Dessa forma, não importam muito as definições legais, se a lei menciona os caracteres constitutivos do testamento.

O atual Código preferiu não definir o instituto, atendendo às críticas da doutrina. E agiu bem, à semelhança dos códigos suíço e alemão. Estando a noção solidificada, não há necessidade de definição na lei, não se perdendo, com isso, a certeza e segurança das relações jurídicas emergentes do testamento. O art. 1.858 enfatizou que o testamento é ato personalíssimo, podendo ser modificado a qualquer tempo.

3.1 O testamento é negócio jurídico

Como é manifestação de vontade destinada à produção de efeitos, o testamento é um negócio jurídico, com efeito *mortis causa*. Como afirmamos em *Direito civil: parte geral*, Capítulo 20, quando o ato busca produzir determinado efeito no campo jurídico, estamos diante de um negócio jurídico. É aí justamente que repousa a autonomia da vontade, fundamento do Direito Privado.

3.2 O testamento é ato unilateral

Como afirma Roberto de Ruggiero, “é única a declaração de vontade que lhe dá vida, a do testador”.¹¹ A aceitação por parte do herdeiro ou do legatário não tem o caráter receptício do direito contratual. Essa manifestação de vontade expressa após a morte do testador não tem a função de completar o negócio jurídico, que se perfez pela simples vontade do testador. A manifestação do aquinhado, ao aceitar ou repudiar a herança ou legado, também é unilateral e independente.

Lembre-se, como faz Caio Mário da Silva Pereira, de que a distinção será bem nítida se se recordar que a aceitação nula não vicia o testamento.¹² Como corolário desse princípio, não é permitido o testamento no qual participem duas ou mais pessoas (conjunto ou recíproco). Nada diz contra isso o fato de a cédula testamentária poder ser redigida por outrem (como no testamento secreto em que se permite que outrem o faça a rogo do testador, art. 1.868; antigo, art. 1.638, I), ou com a assistência de terceiros, tal como um advogado. O que importa é que a conclusão testamentária seja a do testador, sem condução da vontade que a vicia. “Nada impedirá, entretanto, haja sido essa vontade consciente e livre despertada ou suscitada por lembranças, apelos ou invocações de terceiro”.¹³ O art. 1.864, I, do presente Código permite expressamente que o testador se valha de minuta, notas ou apontamentos, o que nunca se duvidou no regime anterior. Se, porém, existir vício na vontade do testador, o negócio jurídico situa-se na sede de anulação. O exame da prova, quando é alegado vício de vontade do autor da herança, deve ser colhido e sopesado com a máxima cautela.

3.3 O testamento é ato de última vontade ou *causa mortis*

Os efeitos do negócio principiam unicamente após a morte do testador. Seja qual for o momento em que a vontade tenha sido emitida, é sempre a vontade extrema do testador, *sua última vontade*, por maior que tenha sido o intervalo entre a manifestação volitiva e sua eficácia. Será sempre última vontade, ainda que o testador a tenha praticado no final de sua adolescência e venha a morrer em idade proventa. Como veremos, porém, disposições não patrimoniais poderão produzir efeito de imediato, como o reconhecimento de um filho (mormente no sistema atual, quando já não se faz distinção entre as origens da filiação).

Diz-se, também, que a vontade testamentária é *ambulatoria*, como referido a seguir, pois sempre haverá possibilidade de o ato de última vontade ser revogado ou alterado, enquanto vivo e capaz o testador.

3.4 O testamento é negócio jurídico revogável

A possibilidade de revogá-lo é elemento básico do instituto. Tanto que é nula qualquer disposição que vise eliminar a revogabilidade do ato de última vontade, não se admitindo, pois, renúncia à liberdade de revogar. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (*Digesto*, Livro 34, IV, fr. 4). O Direito Romano considerava a vontade do testador *ambulatoria*, isto é, acompanhando-o a todo momento, até a morte. A definição legal de 1916 traz a revogabilidade, dando ênfase a sua essencialidade.

Permitido que fosse derogar-se a liberdade de revogar, estar-se-ia abrindo perigosa válvula de instabilidade nas relações jurídicas e desvirtuando-se a finalidade do testamento. Uma cláusula de tal teor não invalida o testamento, mas reputa-se como inexistente, ineficaz ou não escrita.

Afirma A. Cicu que a razão política da revogabilidade é evidente: como a disposição é para depois da morte, não há razão para que até lá se impeça que a vontade seja alterada.¹⁴ Existe ainda o princípio axiomático de que vontade alguma se deve vincular a si mesma, mesmo porque nenhum direito nasce antes da morte.

Por isso, a chamada cláusula derogatória (permitida no direito intermédio) visaria a uma segurança apenas aparente do testamento. Se o objetivo era garantir a vontade do testador contra qualquer forma de coação posterior para anular o testamento prévio, igualmente poderia ter havido vício de vontade na elaboração daquele mesmo testamento.

Contudo, mesmo essencialmente revogável, disposições não patrimoniais podem não sê-lo, como o reconhecimento de filhos.

3.5 O testamento é ato solene

A manifestação de vontade contida em um testamento deve ser efetivada por meio de formalidades determinadas na lei. Tais formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador, bem como cercar de respeito o ato. São, pois, solenidades *ad substantiam* e não meramente *ad probationem* (se bem que certos autores não admitem tal diferenciação entre nós). Há nulidade absoluta no ato quando as formalidades não são seguidas fielmente.¹⁵

Há sutil diferença entre formas e formalidades. O testamento tem três formas ordinárias: público, particular e cerrado. Cada uma dessas formas tem suas próprias formalidades descritas na lei. Como lembra Orosimbo Nonato,

com o afirmar ser o testamento ato formal e solene a proposição se enuncia de ser ele eficaz somente se toma uma das formas expressamente admitidas na lei e guarda, pontualmente, todos os requisitos essenciais determinados para cada uma das formas admitidas.¹⁶

Como a preterição de qualquer formalidade torna o negócio nulo, deve o juiz pronunciá-la de ofício, ainda que não haja arguição dos interessados. Se os interessados decidem cumprir espontaneamente a vontade do testador, tal não decorre do ato *causa mortis*, mas se constitui em um ato entre vivos, que só se torna possível após a atribuição da herança da forma legítima, não se cumprindo o testamento nulo.

3.6 O testamento é ato personalíssimo

Como vimos, o Código de 2002 realça esse aspecto, juntamente com o da revogabilidade (art. 1.858). O ato há de ser elaborado unicamente pelo testador. Vimos que, apesar de gravitarem opiniões, sugestões ou minutas em torno dessa vontade testamentária, isso não lhe retira tal característica. Não se admite a interferência de outra vontade. Por isso, não pode ser elaborado por mandatário. Não pode ser coletivo (conjunto, recíproco ou simultâneo). Duas pessoas, porém, podem testar em atos diferentes sobre bens comuns, ainda que concomitantemente. Aí teremos, porém, dois testamentos. A espontaneidade da manifestação de vontade desapareceria no testamento conjuntivo ou recíproco, porque uma vontade estaria influenciando em outra. Também a liberdade de revogar, nesses casos, ficaria seriamente comprometida porque o acordo de fazer testamento suporia o acordo de não modificá-lo.¹⁷

Daí por que o Código, no art. 1.863 (antigo, art. 1.630), aboliu todas as formas de testamento conjuntivo. Esclareçamos que testamento conjuntivo é aquele em que participa mais de uma pessoa. O Código refere-se, na proibição, às formas conjuntivas de testamento simultâneo, recíproco ou correspectivo. Simultâneo é aquele em que num mesmo instrumento participam mais de uma pessoa. Correspectivo é aquele que, lavrado em um instrumento, possibilita a deixa aos testadores ou a um terceiro, mediante condições mútuas. Recíprocos são aqueles em que um e outro se atribuem bens, um em favor de outro. Se existe mera coincidência temporal na lavratura de dois testamentos, não podemos incluí-los na proibição legal. A mancomunação tem que ser necessariamente material, a fim de tratar de um único instrumento, outorgado por duas ou mais pessoas.¹⁸ Se há mais de um instrumento, a nulidade pode decorrer de outras causas, ou vícios de vontade, mas não dessa dicção legal.

4 DISPOSIÇÕES NÃO PATRIMONIAIS DO TESTAMENTO

O Código italiano, a exemplo de nosso Código de 2002 e do Código português, refere-se às disposições não patrimoniais do testamento, dizendo o art. 587 do código peninsular:

As disposições de caráter não patrimonial, que a lei autoriza estejam contidas em um testamento, têm eficácia, se contidas em um ato que possua a forma de testamento, mesmo que ausentes disposições de caráter patrimonial.

Já vimos que na definição do Código português há disposição semelhante. Apesar de nosso Código de 1916 ter sido omissivo a respeito de tais disposições, nunca se lhes negou validade.

Eduardo A. Zannoni, analisando a questão no direito argentino, aplicável ao nosso, expõe que: “as disposições que pode conter o testamento não revestem necessariamente o caráter patrimonial. Mediante testamento o testador pode limitar-se a reconhecer filhos extramatrimoniais.”

Prossegue o autor argentino, sintetizando o conteúdo do testamento:

- a) disposições não patrimoniais: reconhecimento de filhos ilegítimos, nomeação de tutores ou curadores, direitos inerentes à personalidade como doação de órgãos do corpo humano etc.
- b) disposições patrimoniais:
 1. instituição de sucessores (herdeiros ou legatários);
 2. disposições sobre o modo de operar-se a transmissão: partilha, imposição de cláusulas restritivas (inalienabilidade, incomunicabilidade etc.), nomeação de testamenteiro etc.;
 3. disposições indiretas sobre os bens: dispensa de colação, deserdação, revogação de testamento anterior ou sua complementação etc.¹⁹

Evidentemente, são as disposições patrimoniais a principal finalidade do testamento (mais especificamente a instituição de herdeiros e legatários). Pergunta-se, então, como se devem reger as disposições não patrimoniais? Devem submeter-se às mesmas formalidades de suas respectivas categorias ou submetem-se aos rigores do testamento?

Melhor entender, principalmente porque nada impede, que tais disposições subordinem-se às formalidades a elas próprias inerentes, não se submetendo ao total de formalidades do testamento. Assim é que, nulo um testamento por vício de forma, não será nulo o reconhecimento de filiação, se para esse reconhecimento seus pressupostos foram atendidos, mesmo porque a lei admite começo de prova por escrito para tal reconhecimento (art. 1.605, I; antigo art. 349, I), e um testamento nulo por vício de forma é muito mais que isso. Já não podemos dizer o mesmo se o testamento foi obtido mediante coação, em que se examinará a divisibilidade da coação. Pode suceder que o testador tenha sofrido coação de ordem exclusivamente patrimonial, que nada tem a ver com o reconhecimento de filho. Por igual modo, não se submetendo o reconhecimento de filiação aos

parâmetros do testamento, ao mesmo também não se submete a revogação por testamento ulterior. Nesse sentido nossa jurisprudência:

Nos termos do art. 1.626 do CC o testamento é ato revogável, mas somente no que toca à disposição do patrimônio. Assim, se o testador, em disposição de última vontade, reconhece filiação ilegítima sua, estará confessando esse fato, não podendo torná-lo nenhum com só a revogação do mesmo testamento (RT 469/216).

O vigente Código, como vimos, preferiu ser expresso sobre essa situação. Frisemos que, mesmo sendo disposições de ordem não patrimonial, devem elas ter cunho jurídico. Meras exortações, demonstrações de afeto ou de ódio, inseridas no ato podem, quando muito, servir como adinículo na interpretação da vontade testamentária. Portanto, como as disposições patrimoniais são sempre revogáveis, pela natureza do testamento, aquelas não patrimoniais geralmente não o são, pois dependem de sua própria origem.

5 GRATUIDADE DO TESTAMENTO

Patrimoniais ou não as disposições testamentárias, o ato é de natureza gratuita. Não se impõe ao beneficiado qualquer contraprestação. O encargo imposto no legado não lhe tira tal característica. Da mesma forma, a doação com encargo não perde o caráter de liberalidade. A gratuidade é própria de uma vontade que se manifesta de per si, totalmente isolada. Ainda que o testador aquinhoe alguém, impondo a este o encargo de pensionar terceiro, tal não se converte em contraprestação. Note que o herdeiro não pode responder pelas dívidas que superem o valor da herança, de acordo com a aceitação sob benefício de inventário. Se, mesmo fazendo o inventário, o herdeiro vem a solver dívidas do espólio, estará cumprindo um dever moral, quiçá uma obrigação natural, mas não uma obrigação civil. O testamento não pode criar para o herdeiro ou legatário uma obrigação. Não se pode constituir em fonte de obrigações, embora existam obrigações que surjam de atos unilaterais. Os sucessores *causa mortis* não são devedores dos credores do morto; o espólio, sim, o é. Daí por que a necessidade de se provar a divisão de patrimônios com o inventário.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos MOREIRA. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2.

CICU, A. *Sucessione per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954.

CORREIA, Alexandre e SCIACIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957.

FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1.

OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, v. 6.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Desalma, 1974, v. 1.

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 95.

² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957, p. 114.

³ CORREIA, Alexandre e SCIACIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 374.

⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2, p. 377.

⁵ CORREIA, SCIACIA, ob. cit., p. 375.

⁶ MOREIRA ALVES, ob. cit., p. 379.

⁷ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 75.

⁸ OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 153.

⁹ MOREIRA ALVES, ob. cit., p. 373.

¹⁰ MONTEIRO, ob. cit., p. 101.

¹¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3, p. 145.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 6, p. 130.

¹³ NONATO, ob. cit., p. 105.

¹⁴ CICU, A. *Sucessione per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 19.

¹⁵ COLIN ET CAPITANT. *Cours élémentaire de Droit Civil français*. Paris: Dalloz, 1934, p. 907.

¹⁶ NONATO, ob. cit., p. 198.

¹⁷ CICU, ob. cit., p. 25.

¹⁸ FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970, v. 1, p. 22.

¹⁹ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Desalma, 1974, v. 1, p. 183.

WILL IN GENERAL

ABSTRACT

This paper examines the will as a juristic act, embracing its historical aspects, definition, elements and features.

KEYWORDS: Succession. Will. Juristic act.

SUR LE TESTAMENT

RÉSUMÉ

Le présent article traite du testament comme une convention, tout en survolant ses aspects historiques, sa définition, son concept, ses éléments constitutifs et ses caractéristiques.

MOTS-CLÉS: Succession. Testament. Convention.