

INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.740.º DO CÓDIGO CIVIL

SUMÁRIO : — É VÁLIDA A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA EM QUE O TESTADOR DEIXA OS SEUS BENS A UM DOS TRÊS FILHOS DE DETERMINADA PESSOA, À ESCOLHA DESTA.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1943, proferido nos autos de revista n.º 52.176.

SUMÁRIO : — É NULA UMA TAL DISPOSIÇÃO, PORQUE O TESTADOR NÃO PODE ENCARREGAR OUTREM DE ESCOLHER HERDEIRO OU LEGATÁRIO, AINDA QUE INDIQUE AS PESSOAS DE ENTRE AS QUAIS A ESCOLHA DEVA SER FEITA.

Acórdão e Assento do Tribunal Pleno, de 21 de Julho de 1944.

Seguem os referidos acórdãos :

Álvaro da Silva Simões dispôs em seu testamento :

«A um dos filhos sobreviventes do major Durão, à escolha do pai, deixar-lhe-ei o meu prazo Silveira-casas». Vêem Durão, mulher e filhos pedir a Abel Fontoura e outros a entrega do legado.

Defendem-se os réus com a nulidade da instituição por contrária ao art. 1.740.º do Código Civil. Julgada a acção procedente pelas instâncias, entendendo a Relação que o testador quis deixar o prazo a um dos filhos de Durão, por êste escolhido e sobrevivente ao testador, vem a presente revista fundada na ofensa daquêle art. 1.740.º

É de conhecer.

O que o art. 1.740.º proíbe é que se deixe a instituição dependente do arbitrio de pessoa diversa do testador, o que realmente se não deu, desde que o testador indicou a pessoa do legatário — uma de três pessoas.

Demais, desde que há dúvidas de interpretação do art. 1.740.º é de preferir a solução que valida a que inutiliza a validade do legado e a efectivação da vontade do testador.

Acórdam, portanto, os do Supremo Tribunal de Justiça em negar a revista e condenar os recorrentes nas custas.

Lisboa, 4 de Maio de 1943.

(aa) *Luiz Osório — Magalhães Barros — F. Mendonça — Teixeira Direito.*

Tem voto de Ex.^{mo} Conselheiro Avelino Leite que não assina por já não pertencer ao Tribunal.

Em recurso interposto para Tribunal Pleno, êste acórdão foi revogado, pelo que segue:

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Pleno

Processo n.º 52.176. — Autos de revista vindos da Relação de Lisboa. — Recorrentes, Maria Amélia Falcão Fontoura da Costa e outros. — Recorrido, Ricardo Malhou Durão, mulher e outros.

Do acórdão de fls. 329 recorrem D. Maria Amélia Falcão Fontoura da Costa e outros, por estar em opposição com o de 26 de Abril de 1918, pois o recorrido julgou não ser nula, em face do corpo do art. 1.740.º do Código Civil, a disposição: «a um dos filhos sobreviventes do major Durão, à escolha do pai, deixar-lhe-ei o meu prazo...», e o acórdão de 1918 julgou ser nula, por ofensiva do mesmo artigo, a disposição: «da parte dos seus bens... deixa o usufruto... à... sua mulher e, por morte desta, àquele de seu filho ou filhos do sexo masculino que a sua referida mulher escolher, por melhor lhe fazer a vontade».

Está, portanto, em discussão interpretar e aplicar o corpo do art. 1.740.º. O § único prevê hipótese diversa, pois nela o testador institue tôdas as pessoas compreendidas em certa generalidade, e no caso dos acórdãos em confronto foi instituída uma só pessoa das incluídas na generalidade; naquele caso as pessoas são certas, tôdas as incluídas na generalidade; neste o legatário é incerto, pois só um, não indicado, dos incluídos na generalidade. Por outra, os acórdãos em contradição só procuraram interpretar e aplicar o corpo do art. 1.740.º, e nisso ficaram em divergência, divergência que fundamenta o recurso.

A regra do art. 1.740.º não distingue entre instituição de herdeiro e de legatário, e antes expressamente se refere aos dois casos, equiparando-os — «quer pelo que toca à instituição de herdeiros e legatários» —, diz o artigo.

Em ambas as questões o testador encarregou outrém de escolher o legatário de entre certa generalidade de pessoas; em ambas, essa generalidade foi bastante restrita — os filhos de determinada pessoa.

Poderia fazê-lo? Eis a questão.

E aqui temos já de esclarecer certa confusão.

Em caso de dúvida sobre a interpretação de disposição testamentária, observar-se-á o que parecer mais ajustado com a intenção do testador, conforme o contexto do testamento. Ora, anulando a instituição, viriam a herdar o prazo os herdeiros legítimos, precisamente aqueles que o testador quis excluir.

Não se atenderia à intenção do testador, não se executaria a sua vontade. Mas aquela regra é aplicável em caso de dúvida sobre a interpretação do disposto no testamento, sobre o que o testador quis, e aqui não se trata disso. Não se trata de saber qual a vontade do testador para nos sujeitarmos a ela, mas de saber qual a vontade da lei para eventualmente sujeitarmos a ela a vontade do testador. A questão portanto é de saber o que o testador podia determinar e não o que determinou.

No antigo direito português Correia Teles distinguia entre herdeiros e legatários: podia deixar-se à eleição de terceiro a escolha de herdeiro entre o número de certas pessoas, *Digesto*, vol. III, pág. 1549; podia ficar ao arbítrio do herdeiro ou de terceiro a escolha do legatário (vol. III, pág. 1701). Coelho da Rocha, § 689.º, declarava válidos os legados deixados a pessoas incertas, mas determináveis, e nos legados para sufrágios e obras de piedade podia a determinação ser cometida ao herdeiro ou a terceiro.

O Código Civil abandonou estas regras e distinções.

A fonte do art. 1.740.º foi o art. 558.º das Concordâncias, de Goyena, que dizia: «O testamento é acto personalíssimo: a sua formação não pode deixar-se no todo ou em parte ao arbítrio de terceiro. Tampouco se pode deixar ao arbítrio de terceiro a substância da instituição de herdeiro ou legatário, nem a designação da quantidade; mas sim a repartição, quando a disposição compreende toda uma classe de pessoas, como parentes, pobres, criados».

O nosso legislador em vez da expressão «no todo ou em parte» enumerou as partes em que o arbítrio não pode recair. Assim não pode haver arbítrio, quer pelo que respeita à instituição de herdeiros, quer pelo que respeita ao objecto, quer, finalmente, pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento do testamento.

Temos, portanto, que o artigo proíbe o arbítrio de terceiro na designação de legatário. É a consequência lógica de o testamento ser acto pessoal.

O Código Civil Francês nada diz a esse respeito, mas no relatório ao Tribunal o tribuno Jaubert declarou de maneira absolutamente geral «O silêncio da lei basta para advertir que esta faculdade (de eleger legatário) não pode ser conferida» (Plan. V, 631, n.º 5). E o nosso legislador conhecia bem a história deste Código.

O testador, limitando o número de pessoas de entre as quais o terceiro pode escolher, limita o arbítrio, mas só o exclue quando a limitação vai até ao ponto de individualizar o instituído. Mesmo quando o terceiro tem de escolher entre duas pessoas, se nenhuma indicação há para a escolha entre os dois, esta fica ao arbítrio do terceiro.

Se o legislador quisesse permitir a escolha quando restrita a um pequeno

círculo de pessoas, tinha de indicar esse círculo. O não indicar a excepção mostra que a não admitiu.

A faculdade de escolha conferida a outrem, além de tirar ao testamento o seu carácter pessoal, leva a uma situação que o legislador procura evitar: a de um direito de propriedade sem titular. Enquanto o terceiro não faz a escolha não se sabe quem é o titular dos bens deixados. Há uma situação que a lei não regula e devia regular se a quisesse admitir.

Mas o encargo feito nos termos em discussão leva ainda a outra ofensa do art. 1.740.º.

O testamento não pode deixar-se dependente do arbítrio de outrem pelo que pertence ao cumprimento do mesmo testamento. Ora, encarregando-se alguém de escolher legatário, e não havendo meio, como não há, de obrigar essa pessoa a fazer a nomeação, o cumprimento do testamento fica dependente do arbítrio do encarregado, pois a falta de nomeação impede o cumprimento do testamento. Se o legislador tivesse querido admitir a possibilidade de o testador encarregar alguém de escolher o legatário, para proteger a execução da vontade do testador tinha de indicar a maneira de suprir a falta de nomeação, como fez o Código Civil Italiano.

É de notar que o terceiro ainda não fez a escolha, e, assim, mesmo que admissível fôsse a integração da vontade do testador pela de terceiros, a verdade é que essa integração ainda se não fez, e assim falta um elemento para a existência do legado, não se sabe se esse elemento virá a verificar-se.

Mantém assim este Tribunal a sua jurisprudência já anteriormente fixada nos acórdãos de 30 de Março de 1886 no *Boletim dos Tribunais*, vol. I, pág. 394, de 24 de Julho de 1903, em o *Direito*, ano 36.º, pág. 131, de 16 de Abril de 1918, na *Colecção Oficial*, n.º 111, e de 4 de Maio de 1920, na *Revista de Justiça*, ano 5.º, pág. 155.

Acórdam, por isso, os do Supremo Tribunal de Justiça em revogar o acórdão recorrido, condenar os recorridos nas custas e fixar o seguinte assento:

O testador não pode encarregar outrem de escolher herdeiro ou legatário, ainda que indique as pessoas de entre as quais a escolha deva ser feita.

Lisboa, 21 de Julho de 1944 — Luiz Osório — Pereira e Sousa — Heitor Martins — Miranda Monteiro — José Coimbra — Bernardo Polónio — Rocha Ferreira — Miguel Crêspo — Magalhães Barros (vencido). Em matéria testamentária, diz a lei e tem julgado este Supremo em inúmeros acórdãos, o primeiro elemento a ser tomado em consideração é a vontade do testador. No caso dos autos o testador expressamente pretendeu excluir o legado da fruição dos seus herdeiros, o que não sucederá a ser aceite a doutrina do presente acórdão.

O art. 1.740.º do Código proíbe que a instituição de herdeiros ou legatários fique ao arbítrio de outrem, mas este caso não se dá, pois o testador indicou a pessoa do legatário — um dos três filhos do major Durão —, conferindo somente a este a designação do legatário, que só pode ser um desses três filhos — F. Mendonça (vencido pelas mesmas razões) — Teixeira Direito (vencido pelos mesmos fundamentos expostos no primeiro vencido) — Baptista Rodrigues (vencido pelos mesmos fundamentos).

ANOTAÇÃO

O primeiro dos transcritos acórdãos julgou válida a disposição testamentária em causa — «A um dos filhos sobreviventes do Major Durão, à escolha do pai, deixar-lhe-ei o meu prazo Silveira-Casas» — com o fundamento de que «o que o art. 1.740.º (do Código Civil) proíbe é que se deixe a instituição dependente do arbítrio de pessoa diversa do testador, o que realmente se não deu, desde que o testador indicou a pessoa do legatário — uma de três pessoas».

E como argumento de reforço acrescentou este:

«Demais, desde que há dúvida de interpretação do art. 1.740.º é de preferir a solução que válida à que inutiliza a validade do legado e a efectivação da vontade do testador.»

Mas o Tribunal Pleno, no segundo acórdão tirado pelo mesmo Relator, o Sr. Conselheiro Luiz Osório, refutou aquêles argumentos, como segue: o 1.º, porque o art. 1.740.º não permite que a escolha de herdeiro ou legatário, mesmo limitada a pequeno e determinado número de pessoas, seja cometida a outrém pelo testador; o 2.º, porque, no caso sujeito, a disposição testamentária não sofria dúvidas de interpretação quanto à vontade do testador, que era bem clara; o que era mister era saber e decidir se a lei permitia uma tal disposição.

E, firmando por Assento que:

«o testador não pode encarregar outrém de escolher herdeiro ou legatário, ainda que indique as pessoas de entre as quais a escolha deve ser feita»,

o Tribunal Pleno pôs termo, de vez, à controvérsia que por vezes se tinha le-

vantado no fóro a êsse respeito, mantendo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já anteriormente fixada nos acórdãos que o mencionado Acórdão do Tribunal Pleno indicou.

Arrumado, pois, nos termos do art. 768.º, alínea 3.ª, do Código do Processo Civil êsse assunto, justo é que se diga que a sua decisão, inteiramente conforme com a dos comentadores do Código Civil, Dias Ferreira, *Comentário ao Código Civil*, 2.ª edição, vol. III, págs. 285; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, pág. 508 e José Tavares, *Sucessões*, vol. I, pág. 90, era a que realmente se impunha como, aliás, resulta inequivocamente das doutas e irresponsáveis razões aduzidas no notável Acórdão do Tribunal Pleno a que nos vimos referindo.

A data do 1.º acórdão vigorava ainda a disposição do art. 713.º do Código do Processo Civil que proibia a declaração de «vencido» e que obrigava o Relator a lavrar o Acórdão de harmonia com o resultado da votação, ainda que contra o seu próprio voto.

Não pode, por isso, saber-se se dos cinco juízes que nêle intervieram, o Juiz Relator, Sr. Conselheiro Luiz Osório e ou qualquer dos outros teriam sido vencidos.

Já assim não aconteceu com o 2.º acórdão — o do Tribunal Pleno — porque êste já foi proferido na vigência do art. 99.º, §§ 1.º e 2.º do Novo Estatuto Judiciário, de 23 de Fevereiro de 1944, que, revogando aquêlê artigo do Código do Processo Civil, restabeleceu as declarações de «vencido» e determinou que, quando vencido o Relator, o Acórdão fôsse lavrado pelo primeiro Juiz vence-

dor que, depois do Relator, fôr chamado a intervir.

Isso permitiu que houvesse quatro declarações de «vencido», entre as quais as de três dos Juizes adjuntos do 1.º Acórdão, que ainda faziam parte do Tribunal (o Sr. Conselheiro Avelino Leite, também adjunto no 1.º Acórdão, já estava aposentado).

O Relator dos dois Acórdãos foi, porém, o Sr. Conselheiro Luiz Osório, e se, quanto ao primeiro, não se pode saber se fôra vencido ou vencedor, quanto ao Acórdão do Tribunal Pleno há a certeza de ter sido um dos Juizes vencedores, porque, no caso contrário, não teria tirado o Acórdão, cujos convincentes fundamentos, produto de cuidado estudo, são, pois, da sua autoria e cuja decisão representa o seu voto como Relator e Juiz vencedor.

Natural é, pois, que no 1.º Acórdão tivesse sido vencido e que só forçadamente o tivesse lavrado em obediência à lei então vigente, mas sem convicção.

De resto, esse primeiro acórdão é de um laconismo tal, em contraposição à exuberância de fundamentos do segundo, que bem denuncia o defeito da lei então vigente, forçando o Juiz relator a lavrar contra o seu voto, e sem poder dizê-lo, o acórdão em que fôsse vencido, defeito que, felizmente, já não existe na lei actual.

A intenção do testador, focada no 1.º Acórdão como motivo de refôrço de validação da disposição testamentária em discussão, e invocada, também, em justificação dos votos vencidos do Acórdão do Tribunal Pleno, não é a única circunstância a ter em vista na sucessão testamentária, embora seja certo que, no caso de dúvida sobre a interpretação da disposição testamentária, se deva observar o que parecer mais ajustado com a

intenção do testador, conforme o contexto do testamento, como o determina o art. 1.761.º do Código Civil.

É que a lei pôs à vontade do testador diversas limitações que resultam entre outras das expressas disposições dos arts. 1.740.º, 1.741.º, 1.746.º, 1.747.º, 1.752.º, 1.753.º, 1.760.º, 1.766.º, 1.767.º, 1.768.º, 1.769.º, 1.771.º, 1.772.º, 1.774.º e 1.775.º do Código Civil, nos quais se especificam casos em que a vontade do testador tem de ceder perante as limitações que aqueles preceitos da lei lhe impõem.

Quere isto dizer que, sempre que o testador *queira* o que a lei *não quere*, a disposição testamentária não pode produzir efeitos.

A vontade do testador, em tais casos, embora bem claramente manifestada, não pode ser acatada pelos tribunais, por ser ilegal o que êle quis, e em tal caso é o império da lei que tem que prevalecer, como é óbvio.

Assim se, por exemplo, o testador, obrigado a prestação de legítimas, quiser dispôr além da quota que a lei lhe permite testar, por mais clara que seja a sua intenção a esse respeito, os tribunais não poderão acatar essa vontade, senão nos limites que a lei o permite — art. 1.774.º do Código Civil; se o conjugue adúltero quiser dispôr a favor do seu cúmplice, os tribunais não poderão acatar e fazer cumprir a sua vontade, se o adultério tiver sido judicialmente provado antes da morte do testador — art. 1.771.º do Código Civil, etc.

Na hipótese tratada nos dois anteriores acórdãos, a vontade do testador encontrava a sua limitação na disposição do art. 1.740.º do Código Civil, que considera o testamento *um acto pessoal*, que não pode ser feito por procurador, nem deixar-se dependente do arbítrio de outrem, quer pelo que toca à instituição

de herdeiros e de legatários, quer pelo que respeita ao objecto da herança, quer ainda pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento do testamento.

E como esse artigo não faz distinção alguma, não podem os tribunais fazê-la.

Quere dizer: sempre que o testador deixa à escolha de outrém a determinação de herdeiros ou legatários — caso

em discussão —, há o arbítrio dêsse outrém a imperar na instituição, quer o testador o tenha circunscrito, quer não, a determinado número de pessoas, muitas ou poucas.

E, por tal motivo, a instituição não pode deixar de ser nula, por ser contrária à lei.

Acácio Furtado