

## **Aspectos jurídicos sobre a figura do testamenteiro no direito sucessório brasileiro**

A autora comenta aspectos fundamentais do testamenteiro, comentando inclusive em face do Novo *Codex Civil*. Abordando as principais controvérsias sobre o tema tanto na doutrina como na jurisprudência.

GISELE PEREIRA JORGE LEITE

Testamenteiro é o executor do testamento, é pois função remunerada. Somente o herdeiro ou legatário, a exercerá desinteressadamente. Mas o testador, poderá, se o desejar, ficar de antemão no testamento fixar a remuneração para o herdeiro instituído ou legatário.

O testamenteiro tem direito à um prêmio que se chama *vintena* pelos serviços prestados. O seu montante é fixado livremente pelo testador, na falta de quantum exato, será arbitrado judicialmente entre 1 a 5 % sobre toda a herança líquida, conforme a importância e o grau de dificuldade da execução do testamento(art.1.766CC) sendo deduzido da metade disponível se houver a legítima. A vintena etimologicamente designa a vigésima parte de alguma coisa, é o feminino de vigésimo.

No direito alienígena, o testamenteiro é comumente denominado de executor testamentário que em geral é nomeado pelo testador e, eventualmente pelo juiz que tem o dever de defender o testamento e proceder em rigorosa observância as determinações dispostas pelo falecido.

Poderá o testador nomear um ou mais testamenteiros<sup>1</sup> especialmente quando exerçam funções simultâneas ou sucessivamente e, discriminando a incumbência de cada um, caso o exerçam conjuntamente.

A nomeação pode ser feita em testamento ou codicilo, não se admitindo a indicação em outros documentos ainda que cumprindo as mesmas formalidades legais.

Na falta de nomeação expressa do testador, o cargo era exercido pelo cônjuge supérstite(se o regime de bens for o da comunhão universal) e não separados os cônjuges, na sua falta, por herdeiro indicado pelo juiz, salvo se houver testamenteiro judicial.(art.1.127 CPC)

Só poderá ser testamenteiro pessoa idônea em pleno gozo de sua capacidade de fato. É função indelegável e estritamente pessoal, logo não poderá ser testamenteiro<sup>2</sup> pessoas jurídicas bem como menores e interditos.

Apesar de ser personalíssimo, intransmissível e indelegável o cargo de testamenteiro( art. 1.764 CC e art. 1.985 NCC), poderá ser representada em juízo e fora dele mediante procuração com poderes especiais. O testamenteiro nomeado pelo juiz é chamado de dativo, deve contudo, observar-se a preferência legal estabelecida no art. 1.763 CC.

Entende a melhor doutrina que também é impedido<sup>3</sup>de exercer testamentária as pessoas enumeradas pelo art. 1.719 CC e art. 1.801 NCC(ter a rogo escrito, o testamento, ou ser seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, ou ter sido testemunha instrumentária , concubina de testador casado ou ser o oficial público ou militar perante o qual se fez ou aprovou o referido testamento ou disposição de última vontade).

Embora haja também outra corrente que admite mesmo que tais pessoas possam exercer a testamentaria, recusando-lhes, todavia, o direito à vintena, pois que não podem obter qualquer vantagem da referida deixa hereditária.

Em seu Código Civil Comentado, 7ª. edição, RJ., 1951, volume VI, **Clóvis Beviláqua** entendeu que não podem ser testamenteiro e faz tal objeção em seu comentário ao art. 1.719 CC.No entendimento contrário, figura **Carlos Maximiliano** admitindo mesmo que seja testamenteiro desde que renuncie o prêmio.

Sintetizando a posição dominante na doutrina pátria, **Orozimbo Nonato** esclarece pacificamente a possibilidade de exercício da testamentaria por pessoa impedida de ser herdeiro ou legatário, desde que o prêmio, ou seja, a vintena não seja imodesto, caso em que deverá ser reduzido pelo juiz de acordo com a lição de **Pontes de Miranda, Carvalho Mourão e Itabaiana Oliveira**.

Acredita-se que o instituto da testamentaria não possui raízes romanas, verificando-se mesmo seu aparecimento e próprio desenvolvimento do direito canônico e direito germânico.

De fato, no direito romano, o próprio herdeiro era o continuador do falecido, sem o que não havia assim a necessidade da ingerência de terceiro para cumprir as determinações testamentárias.

Enquanto que o direito canônico generalizou os legados a obras pias, surgindo assim a necessidade de um administrador dos bens e que os entregasse conforme as cláusulas testamentárias.

Bastante controvertida a natureza jurídica da testamentaria, a doutrina tenta aproximá-la

tanto do mandato, da representação quanto da tutela embora estes sejam basicamente bens distintos.

É instituto *sui generis* representando tanto um ofício, um *munus*, uma missão de direito privado.

A aceitação<sup>4</sup> da testamentaria deve constar de termo subscrito pelo juiz e pelo testamenteiro(art.1.127CPC).

As funções do testamenteiro consistem em dar cumprimento às disposições de última vontade do falecido, pugnando pela validade do testamento, tendo, além das atribuições conferidas por lei, as estabelecidas também pelo testador em seu testamento(art.1.760 e 1.761 do CC).

Cabe-lhe requerer o inventário, a partilha(art.988, IV CPC), apresentar o testamento em Juízo ou requerer judicialmente a notificação de quem o detém para que seja apresentado e registrado(art. 1.756 CC) e, em seguida de intimar os herdeiros para aparecerem em Juízo no dia da inquirição das testemunhas que assinaram o testamento hológrafo ou particular.

Deve, ainda cumprir as obrigações testamentárias<sup>5</sup>art. 1.137 CPC , inclusive pagando dívidas , impostos, intervindo em todos os processos em que o espólio tiver interesse, devendo ser citado para o inventário(art.999CPC) e ouvido em todas as fases dos mesmos.

Pode acontecer que o testamenteiro ( apesar da ausência de cônjuge sobrevivente ou de herdeiros legítimos ) tenha a posse e a administração dos bens(art. 990, IV CPC) caso em que é chamado de testamenteiro universal e reúne além da testamentário os poderes de inventariante. Deve haver expressa disposição do testador para ser o testamenteiro universal(Art.1.754 CC e art. 1.977 NCC).

Se, ao revés, não tiver a posse dos bens, é chamado testamenteiro particular e deve exigir dos herdeiros, os meios necessários para executar as disposições testamentárias, entregando os legando aos legatários.(parágrafo único do art 1.755 CC que foi suprimido pelo Novo Codex Civil).

Havendo cláusulas imorais ou ilegais considerar-se-á tais como não escritas , não havendo obrigação do testamenteiro em cumpri-las. **Clóvis Beviláqua** entende que tendo tais cláusulas, não deve o testamenteiro defender o feito.

Já outra corrente liderado por **Pontes de Miranda**, oferece ao testamenteiro o dilema crucial de pugnar pela validade do testamento, qualquer que seja o seu conteúdo, ou renunciar à sua função.

O testamenteiro(salvo deliberação do testador de prazo maior) deve executar o testamento em um ano, a partir de aceitação do cargo(art. 1.762 CC) tendo o CPC reduzido o referido prazo para seis meses(Art. 983 do CPC). Não correrá tal prazo, se houver litígio, só contando a partir da decisão da contenda entre os herdeiros.

Não sendo possível cumprir tal prazo estipulado pela lei processual deve o testamenteiro requerer a prorrogação ao juiz orfanológico havendo " motivo cabal" (art. 1.762 parágrafo único CC) ou "motivo justo" (art. 983 parágrafo único CPC).

A jurisprudência é relativamente liberal e compreensiva na hermenêutica do prazo legal, admitindo tanto a prorrogação em face da complexidade ou litigiosidade no processo, ou quando existem bens e herdeiros em lugares remotos e difícil acesso.

Deve ainda o testamenteiro obrigatoriamente prestar contas no prazo de um ano, comprovando cabalmente despesas que realizou no interesse do espólio (que pode incluir honorários advocatícios) e cujo contrato deve ser aprovado pelo juiz e após terem sido ouvidas as partes interessadas( vide também Súmula 115 STJ).

A prestação de contas é requisito de ordem pública, não podendo ser dispensada, nem mesmo pelas disposições do testador. Poderá o testamenteiro ser removido perdendo o direito à vintena se apresentar despesas ilegais ou não comprovadas cabalmente(art.1.759 CC, o que aliás foi também suprimido pelo Novo Codex Civil).

Tal prestação faz-se perante o juiz do inventário , ouvidos os interessados e, intervindo o MP. A responsabilidade do testamenteiro cessa com a aprovação das suas contas para o juiz. Se houver mais de um testamenteiro, estes são solidariamente responsáveis pelo atos que vierem a praticar principalmente se simultâneos.(art.1.765 CC).

**Clóvis Beviláqua** e **Orozimbo Nonato** interpretam restritivamente o art. 1.766 CC ( pelo Novo Codex Civil art. 1.987 NCC), só excluindo a vintena quando o testamenteiro for herdeiro instituído (legatário ou testamentário), será devida a vintena se for herdeiro legítimo, e com a maior razão, se for necessário.

Tal interpretação respaldada ainda por **Lafayette** pois o art. 1.766 se encontra exatamente no Título III (Da Sucessão Testamentária).Reproduzido no art 1.987 do Novo Código Civil.

A *ratio legis* parece ser no sentido de assegurar remuneração a quem não tendo relação nenhuma com o inventário, nenhum benefício com a distribuição da herança, ou se dedicasse a cumprir as disposições testamentárias.

**Carlos Maximiliano** entende que o herdeiro legítimo ou reservatário só deixará de receber a vintena, se for aquinhoadado com algo a mais do que a lei já lhe defere.

Se for legatário, o testamenteiro poderá optar entre o legado e a vintena, salvo se o testador manifestar expressamente que pode acumular tais recebimentos.

O cônjuge meeiro tem direito à vintena CPC de 1939, art. 549, porém o atual CPC vigente exclui a vintena se for casado no regime de comunhão de bens. Salvo se preferir receber a vintena em vez do legado ou da herança (art. 1.138, § 2º do CPC).

Se o testamenteiro for também inventariante, não receberá o prêmio especial por essa razão, mas o fato influirá no arbitramento judicial a percentual que faz jus à título de vintena.

Não há acordo dos tribunais quanto a fórmula de calcular a vintena. O Código Civil determina seja calculada com base na herança líquida (art. 1.766), esclarecendo, a seguir, que havendo herdeiro necessário; tal remuneração será sobre a metade disponível.

Tal dicção legal é repetida no art. 1.138 § 1º do CPC. A vintena é calculada sobre toda a herança líquida e descontada da parte disponível quando há herdeiros necessários.

Se o inventário for negativo, ou seja, as dívidas forem superiores ao ativo, há jurisprudência no sentido de onerar os credores com o pagamento da vintena (RF 151/294).

Havendo a remoção do testamenteiro<sup>6</sup> nos casos previstos nos art. 1.768 CC e art. 1.140, II CPC) o prêmio reverterá em favor do espólio. É decidida tal remoção pelo juiz *ex officio* ou a requerimento dos interessados os pelo Ministério Público.

Cabe agravo de instrumento da decisão judicial que decreta a remoção do testamenteiro, o mesmo se dá, no caso de inventariante.

O Novo Codex Civil, no meu modesto entender, foi omisso em questões importantes deixando ao alvedrio da jurisprudência e da doutrina a decisão de fatos importantes quanto a questão das despesas e dos meios exigíveis para a execução testamentária. Mais uma vez, a inovação ilusória frustra flagrantemente nossas expectativas.

## Adendos

**\*1** O testamenteiro deve ser citado para todos os atos e termos do processo (art. 1.127 do CPC) não pode adquirir bens da herança nem mesmo em hasta pública. (art. 1.133, I CC).

**\*2** As espécies de testamenteiro é o **universal**, o **dativo**, o **particular** e o **instituído**. Se feita pelo próprio testador, por meio de testamento ou codicilo, ter-se-á testamenteiro instituído.

Se feita pelo juiz não havendo testamenteiro instituído e consorte sobrevivente, casado sob o regime de comunhão de bens, ter-se-á testamenteiro dativo, que pode ser herdeiro ou legatário, ou ainda, estranho à sucessão. O testamenteiro que tiver posse e administração da herança é denominado universal, e se não puder dispor de tais atributos, chama-se de particular, restringindo-se a sua função à mera fiscalização da execução testamentária.

**\*3** Pondera **Arnoldo Wald** que o afastamento do testamenteiro que participou da facção testamentária para se evitar a possibilidade de fraude.

**\*4** Como **munus privatum** ninguém será obrigado a exercê-la senão por vontade livre. A aceitação poderá ser expressa, tácita ou presumida. Aceitação **expressa**, se o nomeado o declarar explicitamente. Aceitação **tácita**, se aceitar a execução testamentária sem fazer qualquer pronunciamento. Aceitação **presumida**, se aceitar legado a ele feito para esse fim.

**\*5** É bom ressaltar que o testamenteiro não está sujeito à prisão como está o depositário infiel, mesmo quando também é o inventariante, porque não é considerado depositário judicial. No entanto, se o testamenteiro não prestar contas, dentro do prazo estipulado judicialmente, poderá responder a processo criminal por crime de apropriação indébita previsto no art. 168, parágrafo primeiro, II do Código Penal Brasileiro.

**\*6** Caberá a remoção do testamenteiro nos casos em que: não cumprir o testamento (art. 1.768 e art. 1.140, II CPC); quando apresentar as despesas que são glosadas por ilegais ou não conformes ao testamento (art. 1.759 C.C e art. 1.140, I CPC); quando não requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal dos incapazes (art. 840 CC, II); quando for negligente ou convencido de culpa ou dolo; quando perder a capacidade, sendo interdito.