

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FLAVIA CABRAL BERNABÉ

DA INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO

São Paulo - SP
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FLAVIA CABRAL BERNABÉ

DA INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como parte das exigências para a obtenção do título de especialista em Direito de Família e Sucessão, sob orientação da professora Ana Paula Patiño.

São Paulo - SP
2015

Defesa da dissertação de especialização de Flavia Cabral Bernabé, intitulada Da Interpretação do Testamento, orientada pela professora Ana Paula Patiño, apresentada à banca examinadora abaixo mencionada.

BANCA EXAMINADORA

Sumário

AGRADECIMENTOS.....	2
INTRODUÇÃO.....	3
Cap. 1 – Como interpretar o testamento.....	4
1.1 Interpretações Casuísticas Doutrinárias e Jurisprudenciais.....	5
1.2 Interpretações Casuísticas Legais.....	11
Cap. 2 – Elementos Acidentais do Testamento.....	13
Cap. 3 – Admissibilidade de Cláusulas Restritivas.....	17
3.1 Restrições Decorrentes da Inalienabilidade.....	26
Cap. 4 – Das Hipóteses de Nulidade.....	28
Cap. 5 – Conclusão.....	32
Bibliografia.....	34

AGRADECIMENTOS

Inicio minha sessão de agradecimentos da maneira mais clássica possível: agradecendo minha orientadora Ana Paula Patiño, por todas as discussões acaloradas que tivemos na Pós-Graduação em Família e Sucessão no COGEAE, que me animaram a dissertar sobre o tema da presente monografia.

Em seguida agradeço aos meus pais, por toda educação que tive, a qual me permitiu chegar ao curso de Pós-Graduação.

Agradeço também meus irmãos e colegas que me auxiliaram de uma forma ou de outra na redação da presente e suportaram o nervosismo que se acumulou no período imediatamente anterior ao prazo para a entrega do trabalho.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de Pós-Graduação no Curso de Família e Sucessão tem como objetivo discorrer o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre o Capítulo VI, do Título III, Livro V do Código Civil, ou seja, sobre as disposições testamentárias – artigos 1.897 a 1.911.

Conforme será analisado, a grande dificuldade que se encontra no testamento é desvendar a vontade do seu autor, uma vez que sua eficácia é subordinada à morte daquele. Assim, a lei traz diversos dispositivos sobre como deve ser interpretado o testamento, mas sem conseguir, por óbvio, esgotar as possibilidades de omissões, obscuridades e contradições, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário analisar e descobrir a vontade do defunto no caso concreto. A doutrina, por óbvio, também tenta trazer soluções para os problemas futuros.

É nessa busca pela preservação do testamento que, muitas vezes, a própria lei excepciona algumas hipóteses de nulidade do ato. Assim, por exemplo, é nula a cláusula que beneficia pessoa incerta, mas será considerada válida se, por elementos externos, for possível determinar o beneficiado. A vontade do testador deve ser, na medida do possível, respeitada.

Por fim, a presente monografia também traz acirradas discussões sobre a possibilidade de ser instituída cláusula de inalienabilidade sobre os bens da legítima, tentando-se trazer à baila os julgados sobre a matéria do Egrégio Tribunal de Justiça e do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

1. COMO INTERPRETAR O TESTAMENTO

Todo e qualquer ato que tem como finalidade a produção de efeitos jurídicos precisa ser interpretado, ou seja, deve ser buscado o sentido da proposição, ou, em outras palavras, desvendado o seu espírito.

De fato, mesmo as proposições singelas, nas quais existe perfeita sintonia entre o pensamento e o escrito, entre o desejado e o declarado, há necessidade de interpretação. Nesses casos em que o sentido do disposto é evidente e claro, tem-se a interpretação gramatical.

Por outro lado, nos casos em que o disposto não é compreensível de plano, pois há, por exemplo, ambiguidade ou dúvida, faz-se necessário perquirir a real vontade do declarante por meio da interpretação lógica.

De qualquer forma, é importante observar que os dois métodos de interpretação não colidem entre si, ao contrário, se complementam. Afinal, o ambíguo ou o claro e evidente é assim determinado de acordo com o intérprete.

No caso do testamento, a interpretação requer uma atenção redobrada, uma vez que a mesma somente ocorre após a morte do testador. Assim, para se definir a vontade daquele, deve-se investigar o alcance e o significado das palavras usadas conforme as condições sociais e o local onde morava o defunto. Até mesmo a proximidade, a relação de amizade e o vínculo afetivo devem ser estudados. A validade do testamento, portanto, poderá ser questionada, por exemplo, quando o defunto dispuser boa parte do seu patrimônio ao seu inimigo declarado.

Outrossim, é claro que não se pode desvincular o testamento do local e do momento em que viveu o testador. É possível, por exemplo, que o testador tenha usado uma linguagem com intenção diferente da usual e correta, uma vez que, no local em que vivia o defunto, a determinada palavra pode ter sentido totalmente diverso. A ambiguidade e a vagueza devem ser supridas conforme os usos e costumes do próprio testador.

A doutrina admite até mesmo a utilização de documentos estranhos ao testamento para determinar o real sentido dos termos usados. Assim, de muita valia são os manuscritos, as anotações, os diários, dentre outros. É o que acontece, por exemplo, com o termo “colônia”, que pode significar uma determinada quantidade de área de terra, ou um grupo de pessoas da mesma nacionalidade que vive em uma região limitada em outro país ou mesmo grupo de trabalhadores que, saindo do seu Estado, estabelece-se e trabalha em outra localidade.

É claro que a utilização desses meios externos ao testamento (idade, caráter, nível cultural e intelectual, formas de expressão, relações familiares e afetivas etc.) é limitada, servindo, somente, para desvendar o real intuito daquilo que está testado. Não é admissível ao intérprete o uso de tais meios para ir além, alterar, modificar aquilo que está escrito. Afinal, a vontade que se apura, o que se investiga e, por fim, se revela ao intérprete é aquilo que foi manifestado efetivamente pelo testador no testamento. Desta forma, o legado deixado ao amigo Mário, sem maiores identificações, poderá ser cumprido caso o verdadeiro beneficiado tenha uma carta escrita pelo defunto, por exemplo, comprovando o benefício. Assim, estar-se-á cumprindo a vontade do testador. Nesse sentido, o artigo 1.903 do Código Civil admite a possibilidade de se usar elementos externos para identificar corretamente a pessoa designada no testamento por erro.

A preocupação com a vontade do testador também está estampada no artigo 1.899 do Código Civil que dispõe que, se a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diversas, deverá prevalecer a que a melhor assegure a vontade do testador.

1.1 INTERPRETAÇÕES CASUÍSTICAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

Outrossim, para que se tenha uma consonância na interpretação do testamento, a doutrina fixou os seguintes parâmetros:

a) Tal como qualquer fato jurídico benéfico, o testamento de ser interpretado de forma restritiva. Desta forma, se o testador individualizar os bens testados à determinada pessoa, somente estes deverão ser entregues, ainda que façam parte de um conjunto de bens. O legado, portanto, de uma fazenda para criação de gado não engloba os animais lá existentes.

b) Deve ser garantida a prevalência das disposições específicas sobre as gerais. Assim, se o testador deixa sua parte disponível aos três amigos de infância e, logo após, dispõe que o veículo X ficará somente com os amigos de infância Mario e João, o terceiro colega estará automaticamente excluído da sucessão do carro, ainda que, ao final, ele fique com uma parte menor do patrimônio disponível.

c) Disposições contraditórias entre si devem ser todas desconsideradas. Não é possível, no mesmo testamento, deixar em legado o carro X para João e depois deixar o mesmo bem para Maria. Entende-se que o testador não tinha verdadeira convicção para quem gostaria de deixar o bem, razão pela qual ambas as cláusulas são consideradas não escritas.

d) Bens deixados de forma genérica e, após, especificamente à outra pessoa: a pessoa favorecida com a disposição específica somente receberá se houver bens suficientes para o herdeiro do genérico. Assim, Joana só receberá os dois anéis dentro das joias da testadora, se Maria receber, ao menos, um anel. Afinal, a testadora desejou que Maria recebesse as joias, mas não especificou quantos. Havendo somente uma joia, deve ser privilegiada Maria, que receberá de forma genérica.

e) O intérprete deve esforçar-se para salvar as disposições testamentárias, atendendo, sempre que possível, a vontade inteligível do testador. A ideia preponderante é evitar a declaração de nulidades, fazendo valer o princípio da defesa do testamento. Havendo dúvidas sobre a forma pela qual o testador desejou beneficiar seus herdeiros, deve-se entender pela forma igualitária, garantindo-se, desta forma, efeito ao testamento.

f) Se o testador especificar os bens que possui, os bens futuros não serão abrangidos no testamento, uma vez que somente o patrimônio verificado

quando da elaboração do ato integrarão a sucessão testamentária. Claro, o testador pode determinar que todos os bens constantes de seu patrimônio no momento da sua morte estarão abrangidos pelo testamento.

g) Se o testador não nomear especificadamente cada um dos herdeiros, mas mencionar somente o grau de parentesco, como filhos ou irmãos, deve-se entender pela aplicação do direito de representação. Assim, haverá representação pelo neto se o filho do testador for pré-morto, uma vez que se subentende que a intenção foi beneficiar o filho e todos aqueles que dele descende.

h) A deixa em favor de determinada categoria de pessoas beneficiará aquelas pertencentes ao grupo quando da morte do testador.

i) A nomeação sucessiva de herdeiros configura substituição fideicomissária, havendo, assim, a transmissão da herança para o fiduciário, que a receberá desde logo, mas deverá transmiti-la ao fideicomissário, com a sua morte, após o decurso de certo tempo ou com o implemento de determinada condição. Está prevista no artigo 1.951 do Código Civil, nos seguintes termos: “Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito desde, por sua morte, a certo termo, ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário”.

Nesse sentido, tem-se, por exemplo, a substituição fideicomissária quando o testador deixa para João (fiduciário) um carro e estipula, ainda, que, quando da morte deste, o mencionado bem deverá ser transmitido para Maria (fideicomissária).

É importante salientar que o testador pode indicar um substituto (sucessor de segundo grau) para recolher os bens da herança caso falte o herdeiro ou legatário nomeado, seja porque este faleceu anteriormente à abertura da sucessão do testador, renuncie ou seja excluído. Nesse caso, haverá a chamada substituição vulgar, a qual impede a devolução do bem ao

monte em favor dos herdeiros legítimos. Neste caso tem-se a substituição vulgar prevista no artigo 1.947 do Código Civil.

j) Quando o objeto da disposição for uma universalidade, estarão englobados os bens futuros e os descobertos posteriormente.

l) A palavra filhos, sobrinhos, netos engloba tanto o gênero masculino como o feminino. Porém, se o testador deixar determinado bem às suas filhas, o filho João não será beneficiado.

Já o termo “prole” engloba, para Arnaldo Rizzardo, somente os filhos consanguíneos, uma vez que: “O sentido de prole, no âmbito do conhecimento comum, equivale a filhos consanguíneos. Não pode abranger os filhos adotivos – que nem sempre, dentro da atual extensão de igualdade de qualquer espécie de filhos, eram considerados no mesmo *status* ou grau dos consanguíneos. Eis, sobre o assunto, texto de uma decisão: “Se a vontade do testador impera na execução do testamento – sendo essencialíssimo pesquisa-la até ser entendida – não se deve desprezar um só dos métodos interpretativos. E o primeiro deles é o gramatical. Partindo-se da interpretação vermicular, “prole” significa progênie, descendência (Aulete, *Dicionário Contemporâneo*, vol. 4, p. 4.095), ou geração, progênie, descendência: filios ou filhas (Buarque de Holanda, *Novo Dicionário*, p. 1.153). O testador previu a possibilidade de advir “prole” à sua filha. Mas como prole não pode compreender a existência de filio adotivo. O testador, neste passo de seu testamento, mencionou e usou de expressões que sinalizam a possível existência de uma descendência, de filhos consanguíneos de sua filha. Tanto que, para enfeixar sua vontade, arrematou claramente: “Se falecer algum filho meu sem deixar descendentes, sua herança caberá a todos os meus netos em partes iguais (RE 99.589-46, 1ª Turma do STF, de 06.11.84, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 118/993).¹

¹ *Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 276.

Por outro lado, Carlos Roberto Gonçalves no livro intitulado Direito Civil Brasileiro, vol. VII, entende que expressão “prole” deve abranger os filhos consanguíneos e os adotivos indistintamente².

m) Por fim, a jurisprudência ainda não pacificou a extensão e o sentido do termo “filho legítimo”. Segundo entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, “filho legítimo” significa os consanguíneos, pouco importando se decorrentes ou não do casamento ou de uma relação espúria. O Ministro do Colendo Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado Aguiar também entendeu que não cabe distinguir os filhos, não segundo uma interpretação que se deva dar ao testamento, mas porque a Constituição Federal veda toda e qualquer distinção entre os filhos no artigo 227, §6º. Por outro lado, o Ministro Aldir Passarinho Junior defendeu que, para o testador, “filho legítimo” significa somente aquele nascido no casamento, e portanto, essa é a interpretação que deve ser aplicada. Infelizmente, a questão não foi decidida, já que não foi conhecido o Recurso Especial:

Resp. 203137 / PR RECURSO ESPECIAL
1999/0009548-0 Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO
TEIXEIRA (1088) Órgão Julgador T4 - QUARTA
TURMA Data do Julgamento 26/02/2002 Data da
Publicação/Fonte DJ 12/08/2002 p. 214 RDR vol. 24
p. 301 RSTJ vol. 159 p. 428 Ementa DIREITO CIVIL.
SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FILHOS
LEGÍTIMOS DO NETO. LEGATÁRIOS. ALCANCE
DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO
TESTAMENTO. ENUNCIADO Nº 5 DA
SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO
CONCEBIDO À DATA DO TESTADOR.
CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOUTRINA.
RECURSO DESACOLHIDO. I - A análise da vontade
do testador e o contexto em que inserida a

² São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 303

expressão "filhos legítimos" na cédula testamentária vincula-se, na espécie, à situação de fato descrita nas instâncias ordinárias, cujo reexame nesta instância especial demandaria a interpretação de cláusula e a reapreciação do conjunto probatório dos autos, sabidamente vedados, a teor dos verbetes sumulares 5 e 7/STJ. Não se trata, no caso, de escolher entre a acepção técnico-jurídica e a comum de "filhos legítimos", mas de aprofundar-se no encadeamento dos fatos, como a época em que produzido o testamento, a formação cultural do testador, as condições familiares e sobretudo a fase de vida de seu neto, para dessas circunstâncias extrair o adequado sentido dos termos expressos no testamento. II - A prole eventual de pessoa determinada no testamento e existente ao tempo da morte do testador e abertura da sucessão tem capacidade sucessória passiva. III - Sem terem as instâncias ordinárias abordado os temas da capacidade para suceder e da retroatividade da lei, carece o recurso especial do prequestionamento em relação à alegada ofensa aos arts. 1.572 e 1.577 do Código Civil. IV - O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar violação de norma constitucional, missão reservada ao Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, concordo com a tese do Ministro Aldir Passarinho Junior, segundo a qual a expressão "filho legítimo" abrange somente aqueles que nasceram dentro do âmbito familiar. Afinal, sobre a parte disponível da herança, o testador tem ampla liberdade de disposição, permitindo-se, assim, que beneficie determinados filhos em detrimento de outros (o que não é admitido na parte que compõe a legítima), sem que haja desrespeito ao artigo

227, §6º da Constituição Federal. Se o testador deseja que os bens que compõem a sua parte disponível fiquem com seus filhos que nasceram dentro da família constituída, sua vontade deve prevalecer, ainda que pareça injusta, mas não ilícita.

n) A disposição testamentária ambígua deve ser interpretada segundo o sentido que lhe dê eficácia, e não segundo aquela interpretação sem qualquer sentido. Deve-se, mais uma vez, buscar o princípio da conservação do testamento.

o) Para melhor entendimento da disposição testamentária, deve-se analisar o conjunto das disposições, evitando-se, assim, interpretações isoladas que ofereçam dúvidas.

p) Quando o testador identificar o beneficiário pelo cargo ou função que exerce, será beneficiado aquele que estiver no cargo ou na função no momento da morte do testador. Assim, será herdeiro o pastor que estiver cuidando da igreja na época do falecimento do testador.

1.2. INTERPRETAÇÕES CASUÍSTICAS LEGAIS

O Código Civil ainda traz diversas disposições visando a manutenção da vontade do testador quando o testamento for incompleto ou duvidoso.

Assim, de acordo com o artigo 1.902 do CC, as disposições em favor dos pobres, das instituições de caridade ou de assistência pública devem beneficiar aquelas localizadas no local do domicílio do testador, se o testamento for silente quanto à localização que se deverá efetuar a deixa. Acrescenta ainda o parágrafo único que, no silêncio, deve ser dada preferência às instituições particulares, já que as públicas possuem recursos da Administração Pública.

Conforme o artigo 1.904 do Código Civil, se o testamento trazer dois ou mais herdeiros sem determinar a quota de cada um, entende-se que a divisão

deve ser igualitária, pelo princípio da presunção de igualdade entre os herdeiros. Evidente, contudo, que a parte disponível pode ser dividida conforme a livre vontade do testador. O mencionado artigo somente pode ser aplicado quando houver silêncio quanto à forma de divisão.

Outrossim, pode o testador delimitar a quota de alguns herdeiros, mas quedar-se inerte quanto ao demais. Nesse caso, deve ser obedecida a quota pré-estabelecida, sendo o restante dividido igualmente entre os herdeiros sem quota determinada. Se após a entrega dos bens àqueles com cotas determinadas nada sobrar, aqueles que foram instituídos sem designação de quinhão nada receberão. Afinal, o artigo 1.907 do CC é expresso ao dizer que os segundos só receberão se e o que sobrar.

Por outro lado, pode o testador nomear alguns herdeiros individualmente e os demais de forma coletiva, como, por exemplo, deixo minha herança para João e Maria e para os filhos de José. A solução para a divisão das quotas é dada pelo artigo 1.905 do CC, segundo o qual ela obedecerá o número de pessoas nomeada individualmente acrescida do grupo. Assim, no exemplo acima, a parte disponível será dividida igualmente em três: uma para João, outra para Maria e a terceira para os filhos de José, os quais repartirão a quota recebida pelo grupo de forma igualitária.

Por fim, se determinadas todas as quotas dos herdeiros, não houver absorção de toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem de vocação hereditária. Assim, nada impede que coexista a sucessão testamentária e a legítima.

Por óbvio, também haverá as duas sucessões quando o testador excluir expressamente determinado bem da herança do herdeiro instituído, o qual, por conseguinte, caberá aos herdeiros legítimos.

Por outro lado, não pode o testador estipular que a casa onde mora ficará com quem João determinar, afinal, nesse caso, o caráter personalíssimo do testamento é desrespeitado. Porém, João poderá escolher entre duas ou mais pessoas pré-determinadas, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento (artigo 1.901, inciso I, do CC).

A doutrina discute a solução jurídica caso o terceiro que deva escolher faleça depois do testador, mas antes de realizar a escolha. Da mesma forma, o que fazer se o terceiro recusa-se a escolher? Zeno Veloso³ entende que deve ser aplicado analogicamente o artigo 1.930 do Código Civil, o qual regula o legado de coisa determinada pelo gênero e que deva ser determinada por terceiro e este se recusa a escolher ou não pode fazê-lo. Nesse caso, a escolha é feita pelo juiz. Acrescenta que a vontade do testador não pode ficar a mercê do terceiro que não faz a escolha. A vontade manifestada por aquele que falece deve ser cumprida.

Também não é lícita cláusula que deixa ao arbítrio de terceiro a fixação do valor do legado. O testador deve fixar o “quantum” do legado. É possível, todavia, estipular que será legada a quantia necessária para a conclusão do ensino médio, por exemplo.

Por fim, artigo 1.901, inciso II, do Código Civil autoriza terceiro a fixar o valor do legado quando este for estipulado em favor de serviços prestados ao testador por ocasião de moléstia grave. A quantia deve ser estabelecida conforme o valor de mercado, acrescida de um valor que reflita a gratidão, o reconhecimento do testador pelos serviços prestados com uma atenção especial, por exemplo.

2. ELEMENTOS ACIDENTAIS DO TESTAMENTO

O artigo 1.897 do Código Civil permite a nomeação do herdeiro ou do legatário de forma ser pura e simples, sob condição, para certo fim ou modo, ou, ainda, por certo motivo.

É evidente que o testamento não pode ser submetido a condições, causas ou motivos. Assim, se o testador faz seu testamento porque acha que irá morrer em breve em razão da doença recém-diagnosticada, e, de fato,

³ *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Sucessões*, vol. 21, (arts. 1.857 a 2.027), pag. 227.

morre no dia seguinte porque foi atropelado, o testamento será existente, válido e eficaz.

Primeiramente, cumpre distinguir o sucessor a título universal do sucessor a título singular. No primeiro caso, tem-se o herdeiro, o qual receberá a universalidade da herança ou uma quota-parte. Já no segundo caso, há o legatário, que ficará com um ou mais bens, desde que individuados.

A nomeação pura e simples é aquela sem qualquer ônus, encargo ou obrigação. O sucessor recebe a deixa logo com a morte do testador.

Já a nomeação condicional é aquela que se subordina a uma condição suspensiva ou resolutiva. Entende-se por condição a cláusula que deriva exclusivamente da vontade das partes e subordina o efeito do negócio jurídico a um evento futuro e incerto. Se suspensiva, o efeito do negócio jurídico inicia-se com a ocorrência do evento. Por outro lado, na condição resolutiva, o evento futuro e incerto encerra os efeitos do negócio.

Assim, no caso da condição suspensiva, a disposição testamentária só ganhará eficácia e será executada com o implemento da condição, sendo que o direito do sucessor terá efeito retroativo. Contudo, se a condição suspensiva falhar, a nomeação do sucessor é entendida como se nunca tivesse sido feita, razão pela qual o bem deverá ser devolvido aos co-herdeiros com direito de acrescer, aos herdeiros legítimos ou ao substituto, conforme o caso.

É importante observar que a morte do beneficiado enquanto pendente a condição é causa de caducidade da cláusula testamentária. Assim, o herdeiro ou legatário não transfere aos seus sucessores o mencionado direito sob condição. Por outro lado, haverá essa transmissão sucessória quando o negócio sob condição for entre vivos, como, por exemplo, na doação.

Já na condição resolutiva o beneficiado adquire o direito desde a abertura da sucessão, o qual extinguirá com o implemento da condição. Nesse caso, também há o efeito retroativo, mas o sucessor não precisará devolver os frutos e rendimentos que recebeu desde a data do óbito. Admite-se a exigência de uma caução, chamada de muciana, do herdeiro beneficiado como

forma de garantia na devolução do bem, salvo se o testador expressamente a excluir.

De acordo com os incisos I a III do artigo 123 do Código Civil, as condições físicas e juridicamente impossíveis, quando suspensivas, bem com as condições ilícitas ou de fazer coisa ilícita e as condições incompreensíveis e contraditórias invalidam o negócio jurídico. Assim, Washington de Barros⁴ Monteiro defende que tanto nos negócios “inter vivos” e “causa mortis” as condições físicas e juridicamente impossíveis, quando suspensivas, invalidam o negócio jurídico, e são consideradas inexistentes nas condições resolutivas.

Contudo, é importante observar que: “Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira⁵ acolhem a antiga distinção romana – seguida igualmente, por Savigny -, e lecionam que a impossibilidade e a ilicitude da condição não contaminam o ato *mortis causa*, como sucede nos negócios *inter vivos*, tendo-se, ao contrário, como não escrita, valendo a disposição testamentária como pura e simples”.

Ainda quanto à ilicitude da condição, entende-se não ser válida a condição que sujeita o beneficiado a simplesmente não se casar. Afinal, ela vai contra a natural inclinação do homem de contrair matrimônio. Por outro lado, a condição de não se casar com determinada pessoa é válida e legítima. Afinal, nada impede que o testador beneficie uma amiga, desde que ela não case com seu inimigo. O contrário também é válido: desde que case com minha amiga.

Ademais, a disposição testamentária também pode se subordinar a um certo fim ou modo, ou motivo.

No primeiro caso, a disposição é submetida a uma obrigação, chamada de encargo. Ela não suspende a aquisição nem o exercício do direito do beneficiado, uma vez que ele entra no gozo do benefício antes mesmo de cumprir o encargo.

⁴ *Curso de Direito Civil 6 – Direito das Sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

⁵ GOMES E PEREIRA apud VELOSO, ZENO. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Sucessões*, vol. 21, (arts. 1.857 a 2.027), São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pag.195.

Contudo, a doutrina discute o efeito da inexecução do encargo. Zeno Veloso⁶ e Sebastião Amorim⁷ entendem que os interessados e os herdeiros do testador podem requerer em juízo a ineficácia da liberalidade, tendo a sentença efeito não retroativo. Orlando Gomes e Caio Mario, citados por Zeno Veloso no mesmo livro supramencionado – fl. 198, entendem que a ineficácia somente poderá ocorrer se tal fato estiver expressamente prevista no testamento.

Por outro lado, Maria Helena Diniz⁸ defende a anulabilidade do ato, portanto, sem efeito retroativo, nos termos do artigo 562 do Código Civil que trata da doação modal. Ressalta, ainda, que se o testamento não trouxer prazo para execução do encargo, este ficará submetido às posses do beneficiado. Outrossim, se a inexecução se tornar impossível sem que haja culpa do herdeiro, o encargo não precisará mais ser realizado.

Já o encargo impossível, fática ou juridicamente, não precisam ser cumpridos, uma vez que a herança ou o legado será incorporada ao patrimônio do beneficiado sem a respectiva exigência.

No último caso (motivo), o testador dá as razões pelas quais deseja beneficiar o sucessor.

Por outro lado, a instituição a termo só é admitida nas disposições fideicomissárias ou nos legados.

O termo pode ser definido como o prazo, o espaço de tempo certo a que se subordina a eficácia de um negócio jurídico. Pode ser inicial ou final. No primeiro caso, tem-se o termo suspensivo, iniciando-se o exercício do direito somente com a chegada do evento futuro e certo. Por outro lado, no termo final ou resolutivo, o exercício do direito acaba com o implemento do termo.

De acordo com o artigo 1.951 do Código Civil, a substituição fideicomissária ocorre quando o testador nomeia um herdeiro ou legatário e determina que, quando da morte deste último, a certo tempo ou certa condição,

⁶ Ibidem, p.197.

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça (org.). *Código Civil Comentado*, São Paulo: Editora Atlas SA, 2004, p.144.

⁸ *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 6 Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 247.

a herança ou legado será transferida à outra determinada pessoa. Assim, evidente que a disposição fideicomissária nada mais é do que a única situação em que a lei admite o recebimento da herança pelos herdeiros sob o elemento acidental termo.

Outrossim, o termo também por ser apostado aos legados. Interessante observar que, caso o legatário faleça antes do implemento do termo, o direito será transmitido aos seus herdeiros, uma vez que o respectivo direito foi adquirido logo quando da morte do testador.

3. ADMISSIBILIDADE DE CLÁUSULAS RESTRIVAS.

No que tange à limitação do direito de propriedade, admite-se a imposição de cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade.

É importante observar que a limitação só é concretamente aplicada após a corporificação pela partilha. Assim, antes da partilha, a alienação do bem gravado pode dar-se mediante simples alvará judicial, desde que presentes as hipóteses legais, bem como pode ser hipotecado.

Da mesma forma, evidente que a impenhorabilidade somente pode ser aplicada após a partilha. Afinal, os bens do falecido respondem por suas dívidas, razão pela qual a cláusula de impenhorabilidade não pode ser aplicada contra os credores do espólio (Resp. 998031 / SP – Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

Contudo, após a partilha, qualquer contrato que tenha como objeto o bem vinculado deve ser considerado nulo, uma vez que ilícito o objeto.

Mencionada cláusula de inalienabilidade deve ser instituída por meio de testamento e significa que o beneficiário não pode dispor do bem, mas pode usar, gozar e reivindicar o bem recebido.

Trata-se, portanto, de bem fora do comércio, razão pela qual não se admite a usucapião do bem recebido pelo herdeiro ou legatário.

A limitação ora em questão traz discussões acirradas na doutrina e na jurisprudência, uma vez que impede a livre circulação de riquezas. Assim, para diminuir o seu alcance, a lei exige a justa causa explícita no próprio testamento para que seja considerada a limitação sobre a legítima. Sem a justa causa, a legítima será herdada livre e desembaraçada.

Neste sentido, ressalte-se que não basta o testador fundamentar a limitação à legítima segundo sua própria consciência, afinal, somente a causa justa é capaz de limitar a parte indisponível. Assim, por exemplo, será considerada não escrita a incomunicabilidade da legítima estipulada pelo simples motivo de ser a nora do testador fofoqueira.

Em outras palavras, não é considerada justa causa uma indicação genérica ou puramente subjetiva que impeça a posterior análise do motivo constante do testamento. Assim, a justificativa de simples proteção do herdeiro porque ele é perdulário ou não é confiável não são suficientes para manter a restrição à propriedade advinda da herança.

Com efeito, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já cancelou diversas vezes a limitação imposta pelo testador nos casos em que a justa causa não restou demonstrada. Vejamos:

0040817-63.2011.8.26.0506 Apelação / Nulidade e Anulação de Testamento Relator(a): João Pazine Neto Comarca: Ribeirão Preto Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 01/04/2014 Data de registro: 02/04/2014 Ementa: Anulação de cláusulas testamentárias. Intempestividade do recurso afastada, vez que suspensos os prazos processuais no período de sua interposição. Cláusulas testamentárias que afrontam disposição legal e são declaradas nulas. Imposição de

inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade que necessita ser justificada. Nomeação do representante do espólio como tutor da Autora para administrar e gerir seu patrimônio que não subsiste. Genitora da Autora no exercício do poder familiar, que por expressa disposição legal é a administradora do patrimônio da filha. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00, em observância ao artigo 20, parágrafo 4º, CPC. Sentença de procedência mantida. Aplicação do artigo 252 do RITJSP. Preliminar rejeitada e recurso não provido.

Por outro lado, sempre buscando a livre circulação de bens, a doutrina e a jurisprudência discutem se o testador pode fixar livremente as mencionadas restrições sobre a parte disponível, bem como sobre os bens doados.

Neste contexto, Flavio Tartuce⁹, no seu livro Manual de Direito Civil explica que: “Discussão interessante reside em saber se o art. 1848 do CC, particularmente no tocante à exigência da justa causa, também se aplica à doação com as referidas cláusulas. Muitos julgados respondem positivamente, caso dos seguintes, do Tribunal Paulista: “Arrolamento. Doação. Imposição de cláusula de impenhorabilidade. Retificação da doação, a fim de constar a justa causa da restrição a ser imposta. Necessidade. Não aceitação de cláusula genérica de justificação. Aplicação do artigo 1.848. Decisão mantida. Recurso desprovido (TJSP, Agravo de instrumento 990.10.001924-4, Acórdão 528084, Limeira, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silvério Ribeiro, j. 02.06.2010, DJESP 25.06.2010) Doação. Cancelamento do gravame de inalienabilidade do imóvel. Art. 1.676, do Código Civil de 1916 que deve ser interpretado com temperamento. Doação que se tornou demasiadamente onerosa. Art. 1.848 *caput*, do Código Civil de 2002 que exige justa causa para previsão dessa cláusula. Aplicabilidade na hipótese. Inteligência do artigo 2.042, do novo

⁹ Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2013, pag. 1358.

Código Civil. Restrição insubsistente. Recurso desprovido. (TJSP, Apelação com Revisão 613.184.4/8, Acórdão 3499722, Presidente Venceslau, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 03.03.2009, DJESP 08.05.2009). Com o devido respeito, este autor pensa de forma contrária. Isso porque o artigo 1.848 do CC é norma restritiva da autonomia privada e, como tal, não admite interpretação extensiva ou analogia para outras hipóteses ou tipos. Em suma, o seu campo de incidência é apenas o testamento e não a doação”.

Em resumo, o testador pode limitar a disposição dos bens que compõem a legítima desde que presentes a justa causa. Já em relação aos bens doados ou àqueles que integram a parte disponível, não há consenso sobre a necessidade de também restar configurada a justa causa.

Outrossim, quando imposta em doação, o doador pode levantar o vínculo, quando desejar, anuindo o donatário. Contudo, após a morte daquele, a cláusula será irrevogável, não podendo mais ser levantada, ainda que se trate de adiantamento de legítima. Por outro lado, a irrevogabilidade somente recai sobre a parte que concerne à meação do cônjuge falecido. Assim, quanto à quota referente à meação do cônjuge sobrevivente, é possível o levantamento da restrição.

Uma vez justificada, a cláusula de inalienabilidade pode ser temporária ou vitalícia. No primeiro caso, a restrição perdura por certo tempo, já no segundo durante a vida do beneficiado. Na dúvida, é entendida como vitalícia. Assim, com a morte do beneficiado, cessa a limitação.

Em outra classificação, pode ser também absoluta ou relativa. Em sendo absoluta, deve ser oposta contra qualquer pessoa, em qualquer situação. Já a restrição relativa é aplicada somente para certas pessoas ou determinadas condições.

Por outro lado, cumpre observar que, na vigência do Código Civil de 1916, a legítima era clausulada sem necessidade de justa causa, razão pela qual o artigo 2.042 do Código Civil estipula o prazo de o prazo de 01 (um) ano, contado da vigência do Código Civil atual, para o testador declarar a justa

causa, sob pena de ser ter não escrita a restrição. Questão interessante é saber se vale ou não a restrição quando o testador falece, dentro do mencionado prazo de 01 (um) ano, sem ter declarado a justa causa. A jurisprudência do Colendo STJ defende a manutenção da limitação. Assim vejamos:

Resp. 1049354 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0083708-6 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 18/08/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 08/09/2009 RIOBDF vol. 56 p. 146 Ementa Direito civil e processual civil. Sucessões. Recurso especial. Arrolamento de bens. Testamento feito sob a vigência do CC/16. Cláusulas restritivas apostas à legítima. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/02 para declarar a justa causa da restrição imposta. **Abertura da sucessão antes de findo o prazo. Subsistência do gravame.** Questão processual. Fundamento do acórdão não impugnado. - Conforme dicção do art. 2.042 c/c o caput do art. 1.848 do CC/02, deve o testador declarar no testamento a justa causa da cláusula restritiva aposta à legítima, no prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/02; na hipótese de o testamento ter sido feito sob a vigência do CC/16 e aberta a sucessão no referido prazo, e não tendo até então o testador justificado, não subsistirá a restrição. - Ao testador são asseguradas medidas conservativas para salvaguardar a legítima dos herdeiros necessários, sendo que na interpretação das cláusulas testamentárias deve-se preferir a inteligência que faz valer o ato, àquela que o reduz à

insubsistência; **por isso, deve-se interpretar o testamento, de preferência, em toda a sua plenitude, desvendando a vontade do testador, libertando-o da prisão das palavras, para atender sempre a sua real intenção.** - Contudo, a presente lide não cobra juízo interpretativo para desvendar a intenção da testadora; o julgamento é objetivo, seja concernente à época em que dispôs da sua herança, seja relativo ao momento em que deveria aditar o testamento, isto porque veio à **óbito ainda dentro do prazo legal para cumprir a determinação legal do art. 2.042 do CC/02, o que não ocorreu, e, por isso, não há como esquadrihar a sua intenção nos 3 meses que remanesciam para cumprir a dicção legal.** - Não houve descompasso, tampouco descumprimento, por parte da testadora, com o art. 2.042 do CC/02, conjugado com o art. 1.848 do mesmo Código, isto porque foi colhida por fato jurídico – morte – que lhe impediu de cumprir imposição legal, que só a ela cabia, em prazo que ainda não se findara. - **O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano.** - A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado, quando suficiente para a manutenção de suas conclusões em questão processual, impede a apreciação do recurso especial no particular. Recurso especial provido.

Outrossim, se não desejar receber o bem clausulado, o herdeiro pode renunciar a herança, caso em que, para parte da doutrina, o bem voltará ao monte e será partilhado entre os herdeiros com a devida restrição.

Por outro lado, outra parcela da doutrina defende que, com a renúncia, o bem deve voltar ao monte sem as cláusulas restritivas. Afinal, os motivos das limitações decorrem principalmente das características pessoais do herdeiro beneficiado com a deixa. Se o bem não ficará com o herdeiro instituído, deixa de existir as razões das restrições.

De qualquer forma, não se admite a renúncia translativa, afinal, para ela acontecer, o herdeiro deve primeiro aceitar a herança e, depois, aliená-la, o que não pode ser admitido.

A doutrina também discute se a cláusula restritiva também pode recair sobre os frutos e rendimentos, entendendo uma parte que tal limitação não é viável faticamente, uma vez que reduziria de forma demasiada o direito do herdeiro ou legatário, que sequer poderia utilizar os créditos dos bens adquiridos por sucessão “causa mortis”.

De acordo com o parágrafo único do artigo 1.911 do Código Civil, as restrições podem ser levantadas por decisão judicial, desde que transferidas para outros bens, ou em caso de desapropriação, quando a limitação recairá sobre o preço pago, podendo ser ele aplicado na aquisição de outro imóvel, ou outros bens, que ficarão clausulados. No mesmo sentido, em caso de sinistro, haverá a sub-rogação da limitação no prêmio recebido.

A doutrina e a jurisprudência também admitem a exceção da limitação no caso de execução por dívidas provenientes de impostos que recaiam sobre o imóvel vinculado, bem como quando a venda ensejar a extinção do condomínio, caso em que o valor ficará depositado em juízo aguardando oportuna e conveniente aplicação.

No caso de alienação do bem clausulado mediante autorização judicial, explica: Washington de Barros Monteiro em seu Curso de Direito Civil 6 – Direito das Sucessões¹⁰ que: “Se se requer sub-rogação para títulos da dívida pública, o bem vinculado é previamente avaliado, para em seguida ser sub-hastado. A avaliação, que constitui formalidade substancial, representa a base para a oferta ao público. O produto da arrematação poderá ser aplicado na

¹⁰ São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 183.

aquisição de títulos da dívida, por intermédio da Bolsa Oficial de Valores. Se o imóvel gravado se encontra em outra comarca que não a do inventário, avaliação e praça efetuar-se-ão por precatória, no juízo da situação. Se requerida a sub-rogação para outro imóvel, também de propriedade do interessado, avaliar-se-á ambos; se houver equivalência de valores, absolutamente indispensável, o juiz, por mandado, determinará se grave o desonerado, para, em seguida, depois de junta aos autos a respectiva certidão comprobatória, ordenar o levantamento do vínculo que pesa sobre o imóvel até então clausulado”. Por fim, se o herdeiro deseja adquirir um novo imóvel e clausulá-lo, deve ser feita a avaliação de ambos. Caso demonstrada a vantagem, a operação é autorizada, exigindo-se, porém a simultaneidade nas transações. Caso o novo bem tenha valor superior, a cláusula restritiva recairá até o montante referente ao valor do primeiro bem”.

Admite-se, ainda, ao proprietário o direito de remir o imóvel vinculado. Para tanto, precisa, até a assinatura do auto de arrematação, oferecer em substituição apólices de valor igual ou superior ao do lanço.

Outrossim, é importante observar que todas as custas do processo e honorários advocatícios devem ser arcados com recursos próprios do beneficiado, não podendo, portanto, haver redução do capital herdado com a cláusula restritiva.

Parte da doutrina entende que a sub-rogação não deve ser admitida amplamente, limitando-a aos casos previstos em lei. Assim, meras conveniências pessoais, sem grandes explicações, não são suficientes para autorizar a sub-rogação. Por outro lado, também não pode o testador impedi-las nos casos legais. Assim, a cláusula que impede a sub-rogação é tida como não escrita.

Por outro lado, a jurisprudência mais recente tem admitido o cancelamento da cláusula restritiva, mormente nos casos em que a saúde, a idade etc. do beneficiado fundamentam o pedido. Assim, vejamos:

Resp. 1422946MG RECURSO ESPECIAL
2013/0398709-1 Relator(a) Ministra NANCY
ANDRIGHI (1118) Relator(a) p/ Acórdão Ministro
PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144) Órgão
Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do
Julgamento 25/11/2014 Data da Publicação/Fonte
DJe 05/02/2015
RMD CPC vol. 64 p. 104 Ementa RECURSO
ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CLÁUSULA DE
INCOMUNICABILIDADE. PEDIDO DE
CANCELAMENTO. 1 - Pedido de cancelamento de
cláusula de inalienabilidade incidente sobre imóvel
recebido pelo recorrente na condição de **herdeiro**. 2
- Necessidade de interpretação da regra do art. 1576
do CC/16 com **ressalvas, devendo ser admitido o
cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas
hipóteses em que a restrição, no lugar de
cumprir sua função de garantia de patrimônio
aos descendentes, representar lesão aos seus
legítimos interesses**. 3 - Doutrina e jurisprudência
acerca do tema. 4 - Recurso especial provido por
maioria, vencida a relatora.

2074904-69.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento
Inventário e Partilha Alexandre Lazzarini Comarca:
São Paulo Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito
Privado Data do julgamento: 12/08/2014 Data de
registro: 12/08/2014 Ementa: SUCESSÃO.
CLÁUSULAS RESTRITIVAS. DINHEIRO
DEPOSITADO EM CADERNETA DE POUPANÇA E
SEUS FRUTOS. LIBERAÇÃO. 1- A decisão
agravada indeferiu pedido de levantamento de
dinheiro deixada à agravante por testamento com

cláusulas restritivas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade. 2- Possibilidade de levantamento do valor, considerando, inclusive, que a beneficiária já tem quase 70 anos de idade. Inutilidade de manutenção da restrição, enquanto a herdeira precisa dos valores para fazer frente as suas próprias despesas. 3- Desnecessidade de se esperar o encerramento do inventário e possibilidade de decisão nos próprios autos do inventário. CPC, art. 984. 4- Agravo de instrumento provido.

Outrossim, o juízo competente para analisar o pedido de sub-rogação do bem é o do inventário.

3.1 RESTRIÇÕES DECORRENTES DA INALIENABILIDADE

De acordo com o artigo 1.911 do Código Civil e com a Súmula 49 do Colendo Supremo Tribunal Federal, a cláusula de inalienabilidade implica também na impenhorabilidade e na incomunicabilidade dos bens. Assim, os bens não farão parte da comunhão de bens, bem como não podem ser levados a execução por dívidas, em detrimento dos credores.

Por outro lado, a imposição somente da cláusula de incomunicabilidade ou de impenhorabilidade não impede a venda do bem clausulado, com a respectiva transferência da propriedade. Com a incomunicabilidade fica vedada a comunhão do bem que ocorreria, se o caso, pelo regime de bens escolhido no casamento.

Contudo, é importante observar que, em acórdão não unânime, entendeu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que a incomunicabilidade impede não só a aquisição da propriedade do bem clausulado pelo regime de

bens, como também deve ser estendida às regras de sucessão. Assim, o cônjuge viúvo deve ser excluído da sucessão de convivente falecido, nos seguintes termos:

Resp. 246693 / SP RECURSO ESPECIAL 2000/0007811-5 Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 04/12/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 17/05/2004 p. 228 Ementa CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INVENTÁRIO. TESTAMENTO. QUINHÃO DE FILHA GRAVADO COM CLÁUSULA RESTRITIVA DE INCOMUNICABILIDADE. HABILITAÇÃO DE SOBRINHOS E NETOS. DISCUSSÃO SOBRE A SUA EXTINÇÃO EM FACE DA CLÁUSULA, PELO ÓBITO, ANTERIOR, DA HERDEIRA, A BENEFICIAR O CÔNJUGE SUPÉRSTITE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA. CC, ARTS. 1676 E 1666. I. **A interpretação da cláusula testamentária deve, o quanto possível, harmonizar-se com a real vontade do testador, em consonância com o art. 1666 do Código Civil anterior.**II. Estabelecida, pelo testador, cláusula restritiva sobre o quinhão da herdeira, de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, o falecimento dela não afasta a eficácia da disposição testamentária, de sorte que procede o pedido de habilitação, no inventário em questão, dos sobrinhos da de cujus.III. Recurso especial conhecido e provido. A doutrina diverge sobre a extensão da cláusula sobre os frutos e rendimentos dos bens gravados. Argumenta uma corrente que a impenhorabilidade do bem implica na dos frutos e rendimentos, já que os acessórios devem

seguir o principal. Outra corrente defende que a cláusula restritiva não pode recair também sobre os frutos e rendimentos, sob pena de ser impedida de forma absoluta a circulação de riqueza.

4. DAS HIPÓTESES DE NULIDADE

O artigo 1.900 do Código Civil elenca em seus incisos as hipóteses de nulidade absoluta da disposição testamentária, hipóteses essas que podem e devem ser declaradas de ofício pelo juiz.

A primeira hipótese de nulidade impede que se institua herdeiro ou legatário sob a condição de que o beneficiado também faça um testamento em favor do primeiro testador. Assim, não pode uma pessoa testar sob a condição de que a beneficiada também outorgue testamento em benefício do primeiro, já que a condição captatória dolosa é inadmissível.

O testador, portanto, utiliza-se de meios dolosos para influenciar a vontade de alguém, combinando instituí-lo sucessor na condição de que ele disponha, também por testamento, em benefício do testador ou mesmo terceiro.

Da mesma forma, a sugestão também é causa de nulidade. Afinal, o testador deve testar livremente, conforme a sua livre convicção e vontade. Aqui, o interessado influencia a vontade do testador por meio de atos positivos determinando-o a favorecer determinada pessoa. Trata-se de atitude mais direta do que a captação, dotada de dolo.

É importante observar que o vínculo afetivo, amoroso pode inspirar disposições testamentárias recíprocas, sem que tal cláusula seja culminada de ilegalidade. Assim, se os cônjuges decidem testar um em favor do outro em razão do amor recíproco, a deixa deve ser considerada válida. Claro, cada um terá seu próprio testamento.

Outrossim, também é causa de nulidade a impossibilidade de se determinar quem efetivamente teria sido beneficiado pelo testamento. A incerteza, no caso, deve ser absoluta, insuperável.

Todavia, sendo possível, como já demonstrado acima, determinar o beneficiado por meio de documentos externos ao testamento – carta, manuscrito – a deixa deve ser mantida. Por outro lado, se o testador beneficiar sua prima Ana, sem especificar se é a Ana A ou Ana B, a deixa deve ser nula e o bem voltará para o acervo hereditário.

Ainda nesse sentido, o artigo 1.903 do Código Civil determina a nulidade da disposição inquinada de erro na designação do sucessor ou da coisa legada. Traz, porém, uma exceção, segundo a qual a cláusula deve ser mantida se, pelo contexto do testamento ou por outros documentos, for possível identificar a pessoa ou a coisa a que o testador queria referir-se.

Com efeito, se a disposição testamentária puder ser salva, uma vez que o erro é superável, deve-se fazer valer a vontade do defunto, com a devida correção.

Por outro lado, cumpre observar que o erro meramente acidental não é suficiente para anular o testamento, já que não diz respeito às qualidades essenciais da pessoa ou do objeto constante da cláusula testamentária. Ao contrário, no erro acidental, discutem-se as qualidades secundárias, razão pela qual o negócio jurídico seria realizado da mesma forma. Assim, se deixo um bem para meu sobrinho Francisco, a deixa continua válida mesmo se o nome do meu parente em linha colateral for Francisco Eduardo.

Ademais, é nula a disposição testamentária que beneficia as pessoas referidas nos artigos 1.801 e 1.802 do Código Civil. Assim, não são legitimados a suceder a pessoa que a rogo escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos, as testemunhas testamentárias, o tabelião civil ou militar, ou o comandante ou o escrivão, perante quem se fez o testamento, bem como aquele que fez ou aprovou o testamento.

Acrescenta o artigo 1.802 do Código Civil que também são nulas as disposições quando restar configurada a simulação, caso em que as pessoas do artigo 1.801 do CC são beneficiadas sob forma de contrato oneroso ou mediante interposta pessoa. A lei ainda presume como pessoa interposta o ascendente, o descendente, o irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder (1.802, parágrafo único, do CC).

Por outro lado, segundo uma interpretação gramatical da lei, também não pode ser beneficiado o concubino do testador casado, salvo se estiver separado do cônjuge há mais de 05 (cinco) anos, sem culpa do último. Porém, a relação constituída após a separação de fato é lícita e protegida pelo direito, uma vez que constitui união estável (artigo 1.723, §1º, do Código Civil) e não concubinato. Assim, somente o concubino, ou seja, o convivente de relações em que o outro é casado, sem ser separado de fato, não pode ser beneficiado em testamento. Esse é o entendimento do Enunciado n. 269 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Art. 1.801: A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º)”.

Ainda, de acordo com o artigo 1.909 do Código Civil, as disposições testamentárias realizadas com dolo, erro ou coação são anuláveis e o prazo decadencial é de 04 anos contado da data que o interessado tomar conhecimento do fato. Tais vícios de consentimento são tratados nos artigos 138 a 155 do Código Civil.

O erro ou a ignorância é definido como a falsa percepção da realidade, ou o total desconhecimento dela. Pode ser essencial (substancial) quando o negócio só tiver sido celebrado em razão dele. Já o erro accidental não é capaz de invalidar o ato, já que ele seria realizado de qualquer forma.

Por outro lado, o dolo é o erro induzido, provocado por um dos contraentes, em detrimento do outro, podendo ser, tal com o erro, essencial ou accidental.

Outrossim, a coação é a ameaça com a qual se constringe alguém à prática de um negócio jurídico não desejável. Se absoluta, ou seja, exercida

por meio de emprego de violência física para extorquir a manifestação do testador, o testamento é inexistente por falta de manifestação e vontade. Contudo, a coação *relativa*, moral (*vis compulsiva*), na qual há uma ameaça de causar um mal ao próprio testado ou mesmo terceiro, o testamento será anulável.

Nesse contexto, cumpre observar que, segundo o artigo 1.859 do Código Civil, o prazo para impugnar a validade do testamento é de 05 anos contado da data de seu registro.

Assim, mesmo o testamento eivado de nulidade absoluta, ao contrário do que determina a Parte Geral do Código Civil, convalida-se após os 05 anos do registro. Desta forma, o testamento deixado por absolutamente incapaz será convalidado decorridos os 05 anos do registro.

Contudo, em se tratando de anulabilidade decorrente de erro, dolo ou coação o prazo é menor, mas seu início é extremamente elástico (da data do conhecimento do vício de vontade). Assim, na prática, pode ultrapassar consideravelmente o prazo estipulado no artigo 1.859 do Código Civil.

A solução dada pelo código não é razoável, uma vez que o vício da vontade pode ser arguido até mesmo após a própria execução da disposição testamentária.

A doutrina discute se o prazo de 05 anos do registro também deve ser aplicado aos testamentos inexistentes, ou seja, aqueles sem os requisitos mínimos para que se possa conceber o negócio jurídico. Os elementos essenciais, quais sejam, agente, objeto, forma e consentimento, devem estar presentes para que, ao menos, exista o testamento. Assim, o testamento escrito mediante coação física irresistível deve ser considerado inexistente.

Nesse sentido, para aqueles que defendem o requisito de existência do negócio jurídico, não pode ser aplicado qualquer dos dois prazo ora em discussão, uma vez que ele jamais pode produzir qualquer efeito jurídico. Não se concebe, portanto, sua convalidação.

Outrossim, é interessante observar que a invalidade absoluta ou relativa de uma cláusula do testamento não ensejará necessariamente a nulidade de todo o testamento, mas, se possível, somente da cláusula eivada de nulidade.

Com efeito, dispõe o artigo 1.910 do Código Civil que a ineficácia “lato sensu” de uma só disposição não se estende às outras que forem independentes. Assim, somente haverá a irradiação de invalidade se ficar demonstrado que, sem a disposição nula ou anulável, o testador teria testado de forma diferente. Vale, portanto, como regra, o princípio da separabilidade.

5. CONCLUSÃO

Conforme analisado supra, o testamento deve ser escrito com todo o cuidado no uso das palavras. Afinal, não basta ao intérprete estudar o padrão sócio-econômico e cultural do testador, juntamente com a relação deste com as pessoas ao seu redor, sejam amigos, inimigos ou parentes para determinar o que efetivamente foi desejado pelo defunto.

Com efeito, até mesmo o uso de termos aparentemente simples e objetivos pode causar dificuldade, como já aconteceu na jurisprudência quando constou do testamento o termo “filhos” (englobando, portanto, os gêneros masculino e feminino), bem como nos casos em que se permite o direito de representação quando o testador apenas mencionar o grau de parentesco, como descendentes e um dos filhos for pré-morto, permitindo-se, assim, que o neto herde por estirpe.

Outrossim, somente quando insuperável a interpretação do testamento, mesmo após o uso de elementos externos, deve ser declarada a sua nulidade. Mais uma vez, o legislador tentou, ao máximo, fazer valer a vontade daquele que já faleceu e não pode mais expressar o que realmente desejou.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar a previsão legal de restringir o direito à herança e à propriedade privada nos casos em que o testador, mediante justa causa, aposta no testamento a cláusula de

inalienabilidade, que por conseguinte, também torna a propriedade impenhorável e incomunicável.

Todavia, conforme abordado, a própria lei permite a sub-rogação do bem clausulado nos casos de desapropriação ou de alienação por conveniência econômica do herdeiro, desde que respeitado o devido processo legal.

Por fim, também analisamos o novo entendimento jurisprudencial que permite, em casos específicos, o cancelamento da restrição.

Bibliografia

- AZEVEDO, Álvaro Villaça (org.). *Código Civil Comentado*, São Paulo: Editora Atlas SA, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 6 Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- FIUZA, Ricardo (coord.). *Código Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil, vol. VII, Direito das Sucessões.*, São Paulo: Saraiva, 2008.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. et al. *Curso de Direito das Sucessões.*, São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil 6 – Direito das Sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado*, São Paulo: Manole, 2013..
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2013.
- VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Sucessões*, vol. 21, (arts. 1.857 a 2.027), São Paulo: Editora Saraiva, 2003.