MARIA BEATRIZ DE MIRANDA TOLEDO

Nulidades das disposições testamentárias

Dissertação de Mestrado

Orientadora Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

MARIA BEATRIZ DE MIRANDA TOLEDO

Nulidades das disposições testamentárias

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Toledo, Maria Beatriz de Miranda
Nulidades das disposições testamentárias ; Maria Beatriz de Miranda Toledo ; orientadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka -- São Paulo, 2020.
221
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Testamento. 2. Disposições testamentárias. 3. Nulidade. I. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, orient. II. Título.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 19

1. VONTADE E MORTE: AS FEIÇÕES DO TESTAMENTO NA DOGMÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO 29

1.1. Os reflexos da teoria do negócio jurídico sobre o testamento 32

1.2. As características do testamento no quadro geral dos negócios jurídicos 41

1.3. A filtragem de validade do conteúdo do testamento como limite à liberdade de testar 48

1.4. A necessária distinção entre a nulidade do conteúdo do testamento e a valoração moral das escolhas do testador 56

2. NULIDADES PREVISTAS NO REGIME GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO QUE SE APLICAM AO TESTAMENTO 61

2.1. Nulidade da disposição testamentária cujo objeto é ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável 62

2.2. Nulidade da disposição testamentária que impõe condição ilícita ou impossível 64

2.2.1. Nulidade da condição contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes . 69

2.2.1.1. As condições de o beneficiário se casar ou de não se casar 73

2.2.1.2. A condição de o beneficiário se divorciar ou se separar 76

2.2.1.3. A condição de o beneficiário permanecer viúvo 77

2.2.1.4. A condição de o beneficiário se afastar de familiares 78

2.2.1.5. As condições religiosas 80

2.2.1.6. A inadequada busca por solução a priori 81

2.2.2. Nulidade da condição impossível ou contraditória 82

2.3. Nulidade da disposição testamentária cujo motivo é ilícito 86

2.4. Nulidade do encargo ilícito e impossível como motivo determinante da disposição testamentária 90

2.5. Nulidade de disposições extrapatrimoniais 93

3. O PROBLEMA DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS DISCRIMINATÓRIAS OU QUE OFENDEM A ORDEM PÚBLICA 101

3.1. Disposições testamentárias discriminatórias 102

3.1.1. O problema da antidiscriminação como princípio do Direito Civil brasileiro 104

3.1.2. O debate sobre as disposições testamentárias discriminatórias na experiência estrangeira 110
3.1.3. O debate sobre as disposições testamentárias discriminatórias no direito brasileiro 120
3.2. Disposições testamentárias que ofendem a ordem pública 127

4. NULIDADES ESPECÍFICAS DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS 133
4.1. A condição captatória (art. 1.900, I, do Código Civil) 134
4.2. Disposição em benefício de pessoa incerta (art. 1.900, II e III, do Código Civil). 139
4.3. Fixação do valor do legado ao arbítrio de terceiro (art. 1.900, IV, do Código Civil) 145
4.4. Disposição em benefício de pessoas que não podem receber por testamento (art. 1.900, V, do Código Civil) 149
4.5. Conversão dos bens da legítima em bens de outra espécie (art. 1.848, § 1º, do Código Civil) 156
4.6. Disposição testamentária que institui fideicomisso além do segundo grau (art. 1.959 do Código Civil) 160
4.7. A ausência da justa causa para as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima (art. 1.848 do Código Civil) 165
4.8. A disposição testamentária que deserda herdeiro sem fundamento ou com fundamento estranho às hipóteses dos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil 170

5. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A IMPUGNAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS NULAS 175
5.1. Testamenteiro 175
5.2. A ação cabível para declarar a nulidade de disposição testamentária 178
5.2. O prazo decadencial para propositura dessa ação 183
5.3. O problema da validade da cláusula de não impugnar o testamento 187
5.4. O debate sobre a cláusula compromissória testamentária 194

CONCLUSÃO 203

BIBLIOGRAFIA 207

À minha mãe, por tudo o que foi

À Virna Máximo, por tantas vezes estar

Ao Vitor Butruce, por acreditar no que posso ser

AGRADECIMENTOS

Engana-se quem presume que a morte é um fim em si. Da morte nascemos, imensamente – disse Vinicius de Moraes. Renascemos a cada fim com novas e imensas perspectivas. Tem-se, ainda, a chance de contar com percursos nada solitários. Assim foi, para a minha sorte, a jornada que acompanhou essas linhas do início ao fim.

À Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka agradeço sobretudo por receber este projeto nas Arcadas. O carinho e a firmeza com os quais conduziu a orientação deste trabalho e suas contribuições valiosas me permitiram uma experiência transformadora.

Aos Professores e colegas do Programa de Pós-Graduação da FDUSP, especialmente ao Bruno Marques e Felipe Russomanno, agradeço pelos debates curiosos (e nem sempre jurídicos). À Cláudia Stein, parceira de orientação, pela solidariedade e pelo afeto. Ao amigo Pedro Kurbhi, em memória, pela paciência com a qual tantas vezes me ouviu sobre este trabalho e por tantos conselhos – você faz falta.

À Gabriela Cavalheiro sou grata pela contribuição tão doce quanto talentosa com alguns dos temas dessa pesquisa: muito obrigada.

Ao BMA Advogados agradeço pela experiência que me proporciona e pelos vínculos que me viabiliza cultivar. Ao Plínio Barbosa sou grata pelas oportunidades de trabalhar com casos tão complexos e curiosos; ao Chico Müssnich, por me apresentar os campos dinâmicos da arbitragem esportiva; e ao Pedro Costa, tanto pela confiança quanto por plantar a semente da advocacia contenciosa. Aos queridos integrantes do Diversidade agradeço os exemplos que inspiram e a esperança que multiplicam. Aos amigos da biblioteca, pela ajuda e pelo carinho constantes – e também à biblioteca, pelas preciosidades sem as quais páginas faltariam neste trabalho. Aos amigos da *Baiacool*, pela injeção de ânimo diária, sem vocês certamente não teria a mesma graça. À Raysa Vital Brazil agradeço pela imensa torcida, pelo companheirismo e por colecionar comigo várias figurinhas ao longo dos últimos anos.

À Equipe VAJ agradeço por todo apoio nos afastamentos que me permitiram escrever estas linhas: à Fernanda Szyszka, pelo brilhantismo ímpar; à Ana Leticia Siqueira, pela convivência leve e tão prestativa; e à Giovana Cunha, recém-chegada ao time para nos encher de fôlego. Ao Caio Marotti, com quem dividi prazos e ansiedades, não necessariamente nessa ordem, agradeço muitíssimo pela parceria de sempre.

Meu sincero agradecimento a quem tanto admiro: Rebeca Garcia, Nathalie Gazzaneo e Karen Mentzingen. A amizade de vocês faz com que as escolhas tenham mais sentido. Devo a vocês risadas intermináveis e sábios conselhos – à Nathalie sou grata também por alguns textos que, de Massachusetts, chegaram às minhas mãos imediata e carinhosamente.

Minha gratidão não é novidade ao Vitor Butruce, a quem devo *tanto* nos últimos anos. Ao Vitor sou grata por me apresentar a Priscilla – e à Priscilla, por tanto carinho. Ao Vitor também devo o empurrão que me fez tentar o ingresso no mestrado do Largo São Francisco. O seu *incentivo*, nem sempre sutil, e a sua *generosidade inesgotável* me trouxeram aqui. No Vitor enxergo a determinação em me fazer *maior* – tamanha, que só o afeto permite.

À Luciana Ernanny Legey agradeço por me relembrar de analisar os *significados*, tão *simbólicos*, e de não deixar vazio (mudo) o espaço do *Outro*.

À minha família, em Maceió, em Recife, no Rio ou em São Paulo, agradeço pelo constante apoio. Em especial: aos meus avós, ao meu pai, à Rita e à minha irmã-fera, Anita, pela motivação que me inspiram e pela força que me transmitem. Aos tios Flávio e Adriana e às primas Lara e Luiza, pela acolhida de sempre. À Jó e à Nice, pelo amor sem medida. À Maria Paula Toledo, pela amizade desde que somos nós e por ler sofridas minutas deste trabalho. À Maria Fernanda e à Renata Toledo, por tanta companhia. À Laura Toledo: muitíssimo obrigada por dividir e ouvir as aflições dos últimos anos e por me fazer ver tanto amor em São Paulo.

Às velhas amigas de infância, Aline Emílio e Dandara Mendonça, por continuarem a ser aconchego.

Ao meu irmão, João Victor, agradeço as inúmeras escaladas para compartilhar comigo as joias das bibliotecas da Universidade de Coimbra; e por compartilhar também a minha saudade diária. Obrigada por tanto amor.

À Virna Maximo, minha irmã na vida, não tenho palavras para agradecer. Virna é estrutura: sem ela este trabalho, como tantos outros eventos nos últimos tempos, não seria possível. Seu suporte e sua compaixão são de outro planeta. Sua vontade de ajudar, mesmo nas leituras ainda áridas das primeiras versões, me impressiona. Sou muitíssimo grata por caminhar perto de você.

Muito obrigada a todos.

“Sei que, quando chegar a minha hora, entrarei no nada, dissolver-me-ei em átomos. [...] Dedicamos demasiado tempo a conjecturar o que há para além da vida, e demasiado pouco a interrogarmo-nos sobre o que está a acontecer na própria vida”.

José Saramago

RESUMO

TOLEDO, Maria Beatriz de Miranda. **Nulidades das disposições testamentárias**. 2020. 221 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Esta dissertação se concentra no problema do alcance do controle jurisdicional de mérito das escolhas do testador por meio do filtro da nulidade das disposições testamentárias. O estudo parte da percepção de que legislação, doutrina e jurisprudência passaram a flexibilizar dois vetores históricos da sucessão testamentária: as exigências de formalismo do testamento e de capacidade do testador. A atenção se volta, então, para o conteúdo do testamento. O Código Civil alocou a filtragem de conteúdo no plano da validade dos negócios jurídicos, em especial quanto à sua nulidade. Por isso, o Capítulo 1 parte da compreensão do testamento enquanto negócio jurídico, suas peculiaridades, bem como os impactos da filtragem de validade do testamento no princípio da liberdade de testar. Destaca-se também, na largada, a distinção entre nulidade e valoração moral. O Capítulo 2 trata das nulidades previstas na Parte Geral do Código Civil, particularmente os arts. 123, 137 e 166 do Código Civil, que também se aplicam às disposições testamentárias. Na sequência, o Capítulo 3 passa analisar o problema da validade das disposições discriminatórias ou contrárias à ordem pública, inspirando-se na jurisprudência brasileira recente e em casos decididos em outras jurisdições. O Capítulo 4 pontua as hipóteses específicas de nulidade das disposições testamentárias, na forma dos arts. 1.900, 1.848, 1.959 e 1.964 do Código Civil. Ao final, o Capítulo 5 traz algumas questões processuais que repercutem na investigação da nulidade de disposição testamentária, com especial destaque para o papel do testamenteiro na defesa da validade do instrumento, o prazo decadencial para se postular a nulidade, a viabilidade da cláusula de não impugnar a disposição testamentária e da cláusula compromissória no testamento. Investiga-se, portanto, ao longo desta dissertação, as situações em que o exame de mérito das escolhas do testador é juridicamente adequado.

Palavras-chave: Testamento. Disposições testamentárias. Conteúdo do testamento. Nulidade. Invalidade. Anulação. Liberdade de testar.

ABSTRACT

TOLEDO, Maria Beatriz de Miranda. **Nullity of the testamentary provisions**. 2020. 221 p. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

This study focuses on the problem of the extent of jurisdictional control of the merits of the testator's choices through the nullity filter of testamentary dispositions. The study starts from the perception that legislation, legal scholars and court precedents began to assign more flexibility to two historical vectors of testamentary succession: the requirements of testament formalism and the legal capacity of the testator. Attention then turns to the content of the will. The Civil Code has allocated content filtering in terms of the validity of legal transaction, in particular with regards to its nullity. Therefore, Chapter 1 starts with understanding the will as a legal transaction, its peculiarities, as well as the impacts of filtering the validity of the will on the principle of freedom of testation. Also noteworthy is the distinction between nullity and moral valuation. Chapter 2 deals with the nullities provided for in the General Part of the Civil Code, particularly articles 123, 137 and 166 of the Civil Code, which also apply to testamentary provisions. Subsequently, Chapter 3 analyzes the problem of the validity of discriminatory provisions and provisions contrary to public order, drawing on recent Brazilian court precedents and precedents rendered in others jurisdictions. Chapter 4 points out the specific hypotheses of the nullity of the testamentary dispositions, in the form of arts. 1,900, 1,848, 1,959 and 1,964 of the Civil Code. In the end, Chapter 5 brings some procedural questions that affect the investigation of the nullity of the testament, especially the role of the executor in defending the validity of the instrument, the period to postulate the nullity, the viability of the testamentary provision that prohibits the beneficiary to challenge the testament and the arbitration clause in the will. Therefore, this study investigates the situations in which the merit examination of the testator's choices is legally appropriate.

Keywords: Testament. Will. Testamentary provisions. Will content. Validity. Nullity. Void. Testamentary freedom.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

AI – Agravo de Instrumento

AREsp – Agravo em Recurso Especial

art. – artigo

arts. – artigos

CC – Câmara Cível

CDPriv. – Câmara de Direito Privado

CJF – Conselho da Justiça Federal

Des. – Desembargador

ed. – edição

j. – julgado em

Min. – Ministro

n° ou n. – número

p. ou pp. – página(s)

Rel. – relator

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

v. – volume

v. m. – votação por maioria

v. u. – votação unânime

INTRODUÇÃO

> "*Morte somos e morte vivemos. Mortos nascemos, mortos passamos; mortos já, entramos na Morte. Tudo quanto vive, vive porque muda; muda porque passa; e porque passa, morre. Tudo quanto vive perpetuamente se torna outra coisa, constantemente se nega, se furta à vida. A vida é pois um intervalo, um nexo, uma relação, mas uma relação entre o que passou, o que passará, intervalo morto entre a Morte e a Morte*"[1].

Curioso episódio (provavelmente no plano das lendas) se atribui a Alfred Nobel. Em abril de 1888, um jornal francês publicou obituário de impacto: "o comerciante da morte está morto", em referência ao descobridor da dinamite, "que ficou rico encontrando formas de matar mais pessoas de maneira mais rápida do que nunca"[2]. Entretanto, Alfred Nobel estava vivo – o falecido Nobel era seu irmão, Ludvig – e leu seu próprio obituário. A lenda prossegue, então, para dizer que o lapso do jornal francês não passou despercebido pelo inventor – que, a partir da descoberta de como poderiam receber sua morte, elaborou, em 1895, testamento em que deixou parte de sua fortuna para financiar prêmios anuais para "aqueles que, durante o ano anterior, conferi[ssem] o maior benefício à humanidade": o prêmio Nobel[3].

A partir da narrativa de Nobel – que, para fins acadêmicos presume-se, ao menos, verossímil –, vê-se que o testamento é um ato jurídico em que o sujeito *encara* a si próprio, *percebe* seus valores (patrimoniais e existenciais) e *define* a imagem sobre si que deseja projetar ao futuro[4].

Diante disso, há de se perguntar: cabe a um terceiro – um julgador – interferir nas escolhas do testador[5] e fazer uma filtragem de mérito do conteúdo do testamento?

---

[1] Fernando Pessoa, sob o pseudônimo de Bernardo Soares, no texto "Intervalo".

[2] A referência da passagem está em: SNEDDON, Karen J. The Will as Personal Narrative (2013). *Elder Law Journal*, Vol. 20, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2354609>. Acessado em 12.12.2019. Para mais sobre a credibilidade da narrativa confira-se: ANDREWS, Evan. Did a Premature Obituary Inspire the Nobel Prize? History Stories. Publicado em 9.12.2016. Disponível em: <https://www.history.com/news/did-a-premature-obituary-inspire-the-nobel-prize>. Acessado em 12.12.2019

[3] Pode-se ler o testamento de Albert Nobel em: <https://www.nobelprize.org/alfred-nobel/full-text-of-alfred-nobels-will-2/>. Acessado em 16.12.2019.

[4] Nas palavras de Karen J. Sneddon, "o testamento oferece a oportunidade de representar um sentido dos valores pessoais que são fundamentais para a narrativa pessoal" No original: "*the will affords the opportunity to represent a sense of the personal values that are fundamental to the personal narrative*" (SNEDDON, Karen J. The Will as Personal Narrative (2013). *Elder Law Journal*, Vol. 20, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2354609>. Acessado em 12.12.2019).

[5] Neste trabalho, por "testador", genericamente, entenda-se sempre "testadora ou testador"; por "testamenteiro", "testamenteiro ou testamenteira"; e nos demais casos em que se indique genericamente o gênero masculino.

Um exemplo ajuda a ilustrar a pergunta.

Imagine-se que Roberto, um jovem empresário, investe em tecnologia e acumula vultoso patrimônio com pouca idade. Solteiro, sem descendentes ou ascendentes, fica parte do tempo recluso em sua mansão. Dispensa o convívio com a irmã, Iza, com quem não se comunica há anos. Quando está em férias, pratica vários esportes radicais.

Em uma de suas viagens de férias, Roberto sofre grave acidente e não resiste. Os médicos socorristas entram em contato com Iza, que providencia as medidas funerárias. Dias após o ocorrido, Iza recebe um telefonema do advogado de Roberto, que deseja informá-la sobre o testamento do irmão.

Ao tomar ciência do conteúdo do documento, Iza não poderia ficar mais surpresa: o testamento de Roberto deixa todo o patrimônio para uma instituição neonazista e antissemita que se destaca internacionalmente por propagar o ódio.

Inconformada, Iza deseja invalidar essa escolha, que considera repugnante. Pergunta-se, então: o Direito permite que se julgue o mérito dessa disposição para declarar nulo o testamento de Roberto?

Pretende-se responder positivamente a essa pergunta, bem como a outros questionamentos adjacentes, nas linhas que se seguem. E acredita-se que o tema está na ordem do dia.

Isso porque se pode perceber atualmente movimentos na jurisprudência, legislação e doutrina para flexibilizar dois vetores históricos da sucessão testamentária: o apego ao *formalismo* do ato e a atenção à *capacidade* do testador.

Sabe-se que o rigor formal do testamento, com solenidades a serem observadas na conclusão do negócio, sempre foi muito caro ao Direito das Sucessões brasileiro[6]. O Código Civil conta até hoje com seis tipos de testamentos, sendo três ordinários e três especiais[7], cada

[6] Por todos, confira-se: GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 147-148.

[7] O estudo detalhado das espécies e tipos de testamento não é objeto deste trabalho, motivo pelo qual apenas se pontua brevemente o tema. A sistemática da sucessão testamentária estabelece duas espécies de testamento: os testamentos ordinários e os testamentos especiais. Em cada uma dessas espécies estão previstos tipos de testamento, de forma taxativa (art. 1.887 do Código Civil). São três tipos de testamento ordinário: (*a*) público; (*b*) cerrado; e (*c*) particular. E são também três tipos de testamento especiais: (*a*) marítimo; (*b*) aeronáutico; e (*c*) militar. O testamento público é elaborado perante o tabelião ou autoridade competente investida pelo Estado nesta

um com formalidades próprias. E a tradição dos tribunais historicamente faz reverência ao formalismo, a ponto de se anularem testamentos que escapam a detalhes de menor impacto substancial[8].

No entanto, nos últimos anos, os tribunais passaram a dispensar algumas formalidades e o STJ tem apontado na direção de prestigiar a validade dos testamentos mesmo na ausência de alguma das formalidades previstas em lei.

Num desses casos[9], o STJ flexibilizou o conceito de *unidade do testamento*[10]. Tratava-se do testamento do banqueiro Amador Aguiar: o testador, que já contava com mais de 80 anos e com saúde física frágil, enviou minuta de testamento ao tabelião, que lavrou a escritura no cartório e, no dia seguinte, a levou para leitura e assinatura na casa de Amador Aguiar. O testador e as testemunhas presenciaram a leitura e assinatura do testamento, mas não

função (representantes consulares, por exemplo). Como requisitos de validade (quanto à forma), o testamento público deve ser lavrado em cartório (representação consular ou equivalente), lido ao testador e a duas testemunhas e assinado por todos. O testamento cerrado é de conhecimento exclusivo do testador, só ele sabe o seu conteúdo. Neste caso, também há a figura do tabelião (ou autoridade competente investida pelo Estado nesta função), que elabora o auto de aprovação. Sem o auto de aprovação, o testamento cerrado sequer existe (enquanto testamento cerrado), de forma que o auto de aprovação é elemento categorial inderrogável do testamento cerrado. Nos ensinamentos de Paulo Lôbo, "[e]nquanto não houver auto de aprovação não haverá ato jurídico perfeito" (LÔBO, Paulo. *Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224). Como requisito de validade, o testamento cerrado deve ser lacrado ao ser entregue ao notário, na presença de duas testemunhas, que devem assinar o auto de aprovação junto com o testador. Já o testamento particular é celebrado pelo testador sem a presença de tabelião (ou equivalente) e pode ser escrito de próprio punho ou através de processo mecânico (contanto que não deixe espaços em branco ou rasuras, de acordo com o art. 1.876 do Código Civil). Como requisito de validade de forma, o testamento particular deve ser lido em voz alta na presença (e com a assinatura) de três testemunhas. Pode ser feito de emergência, em circunstâncias excepcionais, sem testemunhas, desde que escrito de próprio punho (art. 1.879 do Código Civil). Sobre os testamentos especiais, tanto o *testamento marítimo* quanto o *testamento aeronáutico* são tratados da mesma maneira. São formas testamentárias cuja base é a impossibilidade de testar pelas vias ordinárias. É elemento categorial inderrogável desse tipo de testamento que o navio (ou avião) não esteja em (aero)porto. Para que seja válido o testamento marítimo o ato deve ser praticado na presença do comandante e de mais duas testemunhas; e o aeronáutico deve ser praticado na presença de pessoa designada pelo comandante. A eficácia, tanto do testamento marítimo quanto do aeronáutico, depende da morte do testador em até 90 dias contados do desembarque em local onde se possa testar pelas formas ordinárias, sob pena de caducidade (art. 1.891 do Código Civil). O *testamento militar*, por sua vez, é pensado para os casos em que o testador está a serviço das Forças Armadas e tem como requisito de validade a presença de duas ou três testemunhas (art. 1.893 do Código Civil). Na linha dos testamentos marítimo e aeronáutico, também caduca o testamento militar quando o testador não falece em até 90 dias contados da possibilidade de testar pelas formas ordinárias (art. 1.895 do Código Civil).

[8] Confira-se, por exemplo, os julgados: STF, 2ª T, RE nº 62.132/MG, Rel. Min. Adalício Nogueira, v. u., j. 1.10.1968; STJ, REsp nº 151.398/SP, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado De Aguiar, v. m., j. 16.5.2000; STJ, 3ª T, REsp nº 294.691/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v. u., j. 13.3.2001.

[9] Trata-se do Recurso Especial nº 753.261/SP, 3ª T, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v. u., j. 23.11.2010.

[10] A "unidade do ato no testamento", nas palavras de Orlando Gomes, "interpreta-se no sentido de contexto único, que implica presença simultânea dos participantes e prática dos atos sem solução de continuidade. Não se parte a cédula, nem se permite revezamento das testemunhas" (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 116).

presenciaram o momento em que o tabelião redigiu o instrumento[11]. O STJ manteve a validade do ato que, no entendimento do Tribunal, não violou o princípio da unidade do testamento.

Recentemente, o TJRJ declarou válido o testamento particular de Ivan Paez Soares, sem assinatura de testemunhas[12]. O acórdão observou que "o STJ vem mitigando a exigência da observância estrita dos requisitos legais do testamento, sob o fundamento de que *a formalidade não pode se sobrepor ao seu conteúdo*"[13], motivo pelo qual se entendeu que, mesmo faltando um requisito formal, o testamento deveria ser cumprido.

Além disso, está pendente de julgamento na 2ª seção do STJ um caso que se discute a formalidade de testamento particular sem a assinatura por escrito da testadora, Nilza Aguiar Boavendorp, mas com sua impressão digital. A Corte iniciou o julgamento em 11.12.2019, com voto da Min. Nancy Andrighi pela validade do testamento, momento em que o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva pediu vista dos autos[14].

Também não se está muito distante de discutir a validade de testamento formado por meio eletrônico[15]. A Corte de Apelações do Michigan recentemente declarou a validade do

---

[11] O acórdão traz notícia de que o argumento dos herdeiros foi acompanhado de parecer de Rui Geraldo Camargo Viana, que afirma haver, "inequivocamente, quebra da unidade do ato, quando o testamento é redigido no Cartório de Notas, sem a presença do testador e das testemunhas, baseado em minuta previamente elaborada, e, somente depois de dias, ser levado à casa do testador para ser assinado por ele e pelas testemunhas". Contrariamente, ou seja, pela possibilidade de desmembramento do ato, foi apresentado parecer de Ruy Rosado de Aguiar Jr., para quem "não teria validade o testamento se a declaração de vontade do testador ocorresse em certo dia e local, e as assinaturas das testemunhas fossem colhidas em outro. Na espécie, essa unicidade foi guardada, pois, no dia consignado no instrumento, aconteceu a declaração do testador, a leitura do texto e a sua assinatura, com a participação das pessoas mencionadas na lei" (cf. STJ, REsp nº 753.261/SP, 3ª T, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v. u., j. 23.11.2010).

[12] Conforme exige o art. 1.876 do Código Civil, o testamento particular deve ser assinado por três testemunhas que devem posteriormente confirmar o instrumento perante o juiz no procedimento de abertura, cumprimento ou publicação de testamento (na forma do art. 1.878 do Código Civil).

[13] TJRJ, 11ª CC, AC nº 0042062-25.2015.8.19.0002, Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas, j. 8.5.2019. No caso, o Tribunal também considerou a "circunstância trágica e excepcionalíssima, do seu suicídio [de Ivan Paez Soares], cinco dias depois de manifestar a sua vontade testamentária. Mesmo que premeditado, não pode ser exigido do seu autor a frieza de que tomasse todas as providências necessárias, com a observância estrita de todos os requisitos legais, para que fossem cumpridas suas últimas vontades", independentemente do fato de ser o testador "advogado militante, provável conhecedor da matéria".

[14] Trata-se do REsp nº 1.633.254/MG, distribuído à segunda Seção do STJ sob relatoria da Min. Nancy Andrighi. A testadora Nilza Aguiar Boavendorp teve quatro filhos e o testamento contemplou apenas uma filha da testadora. Pode-se ler a notícia do voto da Min. Nancy Andrighi em: STJ: Nancy valida testamento que contou apenas com impressão digital da testadora. Migalhas, publicado em 11.12.2019, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI316917,81042-STJ+Nancy+valida+testamento+que+contou+apenas+com+impressao+digital>. Acessado em 11.12.2019.

[15] Atualmente, o testamento eletrônico "poderia significar qualquer texto dentro de um amplo espectro que vai de um testamento simplesmente digitado em um programa de processamento de texto pelo testador em um computador e armazenado em seu disco rígido até um testamento assinado pelo testador por meio de uma assinatura digital, testemunhada e autenticada via webcam, e armazenada por uma empresa com fins lucrativos" (tradução livre). No original: "*as used today, an electronic will could mean any writing along a broad spectrum*

testamento de Duane Francis Horton II – basicamente um arquivo de texto digitado que Horton armazenou no aplicativo Evernote em seu celular[16]. Pouco antes de morrer, Horton escreveu um bilhete alertando que sua "carta final" estaria no telefone. A nota do aplicativo, de fato, destacava desculpas e sentimentos do testador, instruções funerárias e disposições patrimoniais que excluíram Lanora Jones, sua mãe, da sucessão.

O Tribunal se convenceu de que a nota no aplicativo Evernote traduzia a última vontade de Horton, de modo a estar comprovada a sua intenção de fazer daquele documento o seu testamento – o que, de acordo com as leis do Michigan, é suficiente para instruir a sucessão testamentária.

Na Austrália, a *Supreme Court of Queensland* também considerou como testamento válido uma série de documentos armazenados no iPhone do testador, Karter Yu – um deles que se iniciava com os dizeres "esse é minha última vontade e testamento"[17]. No caso, as leis de sucessão australianas também permitiram ao Tribunal reconhecer como testamento válido um documento que demonstrasse a intenção de testar.

---

from a will simply typed into a word-processing program by the testator on a computer and stored on its hard drive to a will signed by the testator with an authenticated digital signature, witnessed or notarized via webcam, and stored by a for-profit company". O tema é bastante interessante e comporta análise por alguns cenários diferentes: a "Pessoa A cria um documento no Word de seu computador, intitula de 'MeuTestamento.doc', e digita como ela quer que distribuam seus bens. Ao final do documento, ela digita 'Assinado, Pessoa A'. Pessoa B acessa sua conta no Facebook e usa o serviço de mensagem da plataforma para enviar uma mensagem para um amigo: 'Oi. Estou no hospital. Só em caso de alguma coisa acontecer comigo eu quero que todos os meus bens fiquem com a minha mãe. Não apague essa mensagem'. Pessoa C cria uma conta em um site de uma empresa *startup* que ajuda pessoas a criarem testamentos eletrônicos. Ela preenche um formulário básico a partir do qual a empresa gera o documento 'Última Vontade e Testamento'. A startup realiza uma cerimônia online de execução do testamento, permitindo que duas outras pessoas 'testemunhem' o testamento e um notário autentique o testamento via webcam. A startup promete manter o testamento armazenado de modo seguro no servidor e em formato acessível pelos próximos trinta anos por uma taxa fixa que a Pessoa C paga antecipadamente". No original: "*Person A creates a Word document on her computer, titles it "MyWill.doc," and types out how she wants her property to be disposed of. At the end of the document, she types: "Signed, Person A." Person B logs into her Facebook account and uses the messaging interface to send a message to a friend: "Hey I'm in the hospital. Just in case something happens to me I want all my property and items to go to my mom. Don't delete this message." Person C creates an account on the website of a startup that helps people create electronic wills. She fills out a basic form, from which the startup generates a "Last Will and Testament" document. The startup then performs an online will execution ceremony, allowing two other people to "witness" the will and a notary to notarize the will via webcam. The startup promises to keep the will safely stored on its server in an accessible, electronic format for the next thirty years for a flat fee that Person C pays upfront*" (DEVELOPMENTS in the Law – More Data, More Problems. 131 *Harvard Law Review* 1715, 1790. Publicado em 10.4.2018. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2018/04/what-is-an-electronic-will/>. Acessado em 19.11.2019).

[16] TRUSTS and estates – Electronic wills – Michigan Court of Appeals holds electronic document to be valid will under harmless error rule – In re Estate of Horton, No. 339737 (Mich. Ct. App. July 17, 2018) (*per curiam*). 132 *Harvard Law Review* 2082. Publicado em 10.5.2019. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2019/05/in-re-estate-of-horton/>. Acessado em 19.11.2019.

[17] Austrália, *Supreme Court of Queensland*, Re: Yu [2013] QSC 322, j. 6.11.2013. Disponível em: <https://perma.cc/RK45-GL3B>. Acessado em 19.11.2019.

Entre nós, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) lidera iniciativa de "Anteprojeto de lei para reforma do Direito das Sucessões" que autoriza todas as formas de testamento ordinário por instrumentos digitais[18].

Ao mesmo tempo em que se suavizam as exigências sobre a forma, notam-se também inovações legislativas que flexibilizaram a *capacidade civil*, notadamente o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.106 de 2015) – havendo quem sustente, por exemplo, a capacidade testamentária ativa das pessoas submetidas aos novos regimes de curatela e de tomada de decisão apoiada[19].

[18] A proposta do IBDFAM, sob a coordenação de Mário Luiz Delgado na parte de sucessão testamentária, se inicia com a inclusão de parágrafo único ao art. 1.862 do Código Civil: "Os testamentos ordinários podem ser escritos ou realizados por sistema digital de som e imagem, desde que gravadas imagens e voz do testador e das testemunhas". Para o testamento particular, confira-se a inclusão de inciso no art. 1.864: "São requisitos essenciais do testamento público: [...] IV – se realizada a gravação do ato em sistema digital de som e imagem, esta será exibida pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; que confirmarão, por escrito, o teor das declarações". Quanto ao testamento cerrado, veja-se a proposta para o art. 1.868 do Código Civil: "O testamento escrito ou gravado em sistema digital de som e imagem pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades: I - que o testador entregue a cédula ou o arquivo digital ao tabelião em presença de duas testemunhas. [...] Parágrafo único. Quando escrito mecanicamente o testamento cerrado, o subscritor deve numerar e autenticar, com a sua assinatura, todas as páginas. Quando filmado, deve o testador verbalizar, com a própria voz, antes de encerrar a gravação, ser aquele o seu testamento". E também o art. 1.869 do Código Civil: "O tabelião deve começar o auto de aprovação declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou a declaração escrita ou o arquivo digital para ser aprovado na presença das testemunhas; passando a cerrar e coser o instrumento ou o involucro em que inserido o arquivo digital". Para o testamento particular, confira-se o teor do art. 1.876 do Código Civil: "O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico ou gravação em sistema digital de som e imagem ou outro programa audiovisual. [...] §3º Se realizado por sistema digital de som e imagem deve haver nitidez, clareza na transmissão de imagens e sons, sendo esses os requisitos essenciais à sua validade, além da presença de duas testemunhas identificadas nas imagens. § 4º O testamento deverá ser gravado em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da celebração do ato, contendo a declaração do testador de que no vídeo consta o seu testamento, bem como a sua qualificação completa e das testemunhas". Também o art. 1.881 do Código Civil: "Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, ou ainda mediante gravação em programa audiovisual, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal". Para compatibilização entre os sistemas civil e processual, o anteprojeto também pretende alterar o Código de Processo Civil neste aspecto, conferindo nova redação ao art. 737 do Código de Processo Civil: "§3º Aplica-se o disposto neste artigo ao codicilo e ao testamento feito por sistema audiovisual". Em justificativa, o IBDFAM aponta a facilidade de mecanismos audiovisuais: "abre-se uma nova possibilidade de uso de recursos tecnológicos, precisamente o audiovisual. Na quadra em que vivemos, no que se convencionou chamar de sociedade da informação, onde tais recursos são amplamente admitidos como meio de prova em quaisquer instâncias, não seria mais aceitável desconhecê-los como instrumentos válidos de elaboração do testamento. [...] Adotadas as cautelas previstas no anteprojeto, nenhum registro poderia ser mais fiel à última vontade do autor da herança do que aquele feito em sistema de audiovisual" (Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf>. Acessado em 3.5.2018).

[19] Sobre o tema: MENEZES, Joyceane Bezerra de; LOPES, Ana Beatriz Pimentel. A sucessão testamentária da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 159-174.

Se o apego ao formalismo e o rigor com a capacidade do testador têm sido mitigados, é de se especular se essas tendências de flexibilização podem avançar sobre outro vetor histórico da sucessão testamentária no Brasil: o respeito às escolhas do testador.

Isso porque são raros os casos que enfrentaram diretamente uma análise do *conteúdo* do testamento, mas, em contrapartida, não são tão raros os casos que verificam a presença de vício do consentimento no ato. Além disso, não é incomum no repertório dos nossos tribunais se verificarem casos que anulam o testamento – base na captação dolosa da vontade do testador – perante situações que parecem omitir a relevância de julgamentos morais sobre o conteúdo das disposições[20].

A provocação, então, é inevitável. Uma vez que se aceite flexibilizar as formalidades do testamento e a capacidade de testar, o próximo passo tende a ser avançar sobre o *mérito* das disposições testamentárias. Acredita-se que se está em tempo de se permitir a discussão sobre o conteúdo dos testamentos, sem rodeios.

Essa questão já chegou aos tribunais brasileiros, conforme rumoroso caso de que se tem notícia, julgado em Guaxupé, no Estado de Minas Gerais. Trata-se da sucessão de Lenira Faria Silva Barbosa, casada com Orostrato Olavo, com quem teve Olavo, Silvia e Maria Cristina. Por sua vez, tanto Silvia quanto Maria Cristina se casaram e tiveram filhos, netos de Lenira[21]. Já Olavo teve duas filhas frutos de relacionamentos "não maritais"[22] (Ana Caroline e Mariana).

Em 2004, Lenira elaborou testamento que distribuiu toda a sua parte disponível em três legados: 1/3 para os netos filhos de Silvia, 1/3 para os netos filhos de Maria Cristina e 1/3 para os netos filhos de Silvia e Maria Cristina, em conjunto. A testadora não contemplou, portanto, as netas Ana Caroline e Mariana, filhas de Olavo.

Nesse contexto, Ana Caroline e Mariana ajuizaram ação ordinária para requerer sua inclusão no testamento de Lenira alegando que foram excluídas por discriminação quanto à origem da filiação. A sentença parcial reconheceu o direito de Ana Caroline e Mariana sob 1/3 da parte disponível dos bens da testadora.

---

[20] Não passa despercebido que, por vezes, alguns casos parecem enfrentar o conteúdo por *via transversa*. A este respeito remetemos ao nosso trabalho anterior: TOLEDO, Maria Beatriz de Miranda. *Captação dolosa da vontade do testador*. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito). Ibmec, Rio de Janeiro, 2014.

[21] Silvia teve três filhos (Flávia, César e Fabiana) e Maria Cristina teve dois filhos (Sérgio e Thaís).

[22] Nas palavras da sentença parcial (TJMG, 1ª Vara Cível de Guaxupé, Processo nº 0058435-49.2017.8.13.0287, juiz Milton Biagioni Furquim, j. 16.7.18).

Percebe-se, por esse e outros casos, que a sucessão testamentária – e, mais amplamente, o planejamento sucessório[23] – está na ordem do dia, e o debate sobre as limitações ao seu conteúdo precisa ser enfrentado.

É por isso que este trabalho se propõe a dissertar sobre um problema: até que ponto um julgador está autorizado a fazer juízo de valor sobre o mérito das escolhas do testador?

Esse problema pode ser discutido sobre o ponto de vista de um *dever ser* – ou seja, pode-se perguntar se é *desejável* ou não, *apropriado* ou *inconveniente*, que se permita esse tipo de investigação. Não é essa, todavia, a perspectiva adotada neste trabalho.

Parte-se aqui da premissa de que o exame do mérito das escolhas do testador é desejável, de modo que o propósito desse estudo é o de investigar o *ser* – isto é, saber em quais situações essa análise é *juridicamente adequada*. Escolhe-se, portanto, a dogmática do Direito Civil como caminho metodológico para traçar os contornos dos espaços de discussão da validade do conteúdo das disposições testamentárias.

Para isso, opta-se por partir de uma das contribuições teóricas mais relevantes do Direito Civil brasileiro: a teoria do negócio jurídico da maneira como Antonio Junqueira de Azevedo a descreve[24]. A formulação de Antonio Junqueira de Azevedo destaca a estrutura do negócio jurídico e os seus três planos – de existência, validade e eficácia.

Diante dela, pode-se verificar que a revisão de mérito das escolhas testamentárias está inserida no âmbito da filtragem do conteúdo das disposições. Está-se, assim, diante do *plano da validade* – em especial, diante do fenômeno da *nulidade das disposições testamentárias*, uma vez que o Código Civil brasileiro diferencia as invalidades entre nulidades e

[23] São exemplos de instrumentos de planejamento sucessório as doações, a constituição de sociedades empresárias, de planos de previdência privada e de *trusts* fora do Brasil. Entretanto, todas essas ferramentas apresentam alguma carga de risco, seja tributário ou de cumprimento da vontade do autor da sucessão. O testamento, diante dessas demais ferramentas de planejamento sucessório, é aquele que reúne as melhores condições para cumprir a vontade do autor da herança, com algumas vantagens: (*a*) oferece segurança jurídica por estar detalhadamente regulado no Código Civil; (*b*) tem três tipos ordinários e o testador pode escolher o que lhe for mais conveniente; (*c*) permite ao testador organizar completamente seu patrimônio, distribuir seus bens entre os herdeiros necessários e instituir legatários; (*d*) permite ao testador tratar de questões extrapatrimoniais (reconhecer filiação, por exemplo) e de diretrizes gerais (determinar rituais para seu corpo e alma, conselhos e orientações de negócios); e (*e*) pode complementar outros instrumentos de planejamento sucessório ou funcionar como instrumento centralizador da sucessão.

[24] Parte-se das premissas definidas por Antonio Junqueira de Azevedo em suas principais obras sobre o negócio jurídico: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002; e AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

anulabilidades, relegando os problemas de *formação da vontade* a hipóteses de anulabilidade, ao passo que a *filtragem de conteúdo* se dá mediante nulidades. Por isso, este trabalho se concentra nas nulidades e não nas anulabilidades. Além disso, este trabalho assume necessariamente que analisa testamentos sem vícios de declaração de vontade do testador ou vícios de forma, pois seu foco é o *conteúdo* das declarações.

Adianta-se, então, qual é o espaço dogmático para enfrentar o problema que se propõe: o filtro de validade do conteúdo das disposições testamentárias, à luz da teoria do negócio jurídico.

A tarefa parece desafiadora. Afinal, o fenômeno sucessório não é simples. Como diz o próprio Antonio Junqueira de Azevedo, nosso Direito das Sucessões é "bem mais complexo do que parece usualmente nas lições acadêmicas"[25]. E o estudo do Direito das Sucessões, como afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, pressupõe uma reflexão sobre o delicado tema da morte, o "pressuposto fundamental inafastável"[26] da sucessão *mortis causa*[27]. É de onde se parte, portanto.

[25] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individuais de autonomia da vontade e as supra-individualidades da família. Herdeiro e legatário". *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 95, p. 281. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>, acessado em 20.4.2018. Sobre os sistemas sucessórios, confira-se: CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 87-131. Em síntese, o autor aponta três sistemas sucessórios: (*a*) individual-capitalista, (*b*) familiar e (*c*) socialista. No sistema individual-capitalista há uma prevalência ilimitada da sucessão testamentária sobre a sucessão legítima; no sistema familiar a sucessão legal é a regra, em benefício dos parentes do autor da sucessão, e a sucessão testamentária, "se houver, tem um caráter restrito e excepcional"; e no sistema socialista, poucos são os bens transmissíveis aos sucessores do autor da herança, a maior parte dos bens é obrigatoriamente destinada ao Estado, com limitações inclusive à capacidade de testar, que "não pode prejudicar o interesse público".

[26] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 20.

[27] Em síntese apurada, Maria de Nazareth Lobato Guimarães indica que o direito das sucessões é "a resposta aos problemas criados pela crise-morte nas relações patrimoniais, num contexto de apropriação individual dos bens", em que há "o desaparecimento do sujeito, aliado à permanência dos bens, de um lado, e, de outro, a necessidade de não deixar os bens abandonados, procurando, contudo, evitar a sua entrega sistemática ao Estado" (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. *Revista de direito e de estudos sociais*. Coimbra: Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito, ano XVIII, nºs 1-4, 1972, p. 22).

1. VONTADE E MORTE: AS FEIÇÕES DO TESTAMENTO NA DOGMÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO

> *"Em uma pesquisa sobre direito sucessório não há outra possibilidade a não ser a de se iniciar a partir de uma reflexão sobre a morte*"[28].

A complexidade do Direito das Sucessões se insere no contexto do *desconforto coletivo* com a morte[29] – que, nas palavras de Rubens Limongi França, pode ser descrita juridicamente como a "desintegração dos elementos do dinamismo intrínseco (psicológico e biológico) e extrínseco (da vida de relação sociocultural) do indivíduo humano (pessoa), de modo total e irreversível"[30].

Um dos efeitos civis da morte é a abertura da sucessão do falecido. E, para reger a sucessão *causa mortis*, o direito brasileiro há muito convive com uma constante tensão entre individualismo e coletivismo, entre liberdade de testar e continuidade do patrimônio familiar.

---

[28] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 17.

[29] Esse desconforto com a morte se traduz em certo *fascínio* – que não incide apenas sobre a morte física, como o Direito a conceitua, mas também se manifesta na ideia de que o sujeito tem *pulsões* que não lhe são positivas e que seriam, de certa forma, autodestrutivas. A ideia desenvolvida pelo psicanalista Sigmund Freud (e depois ecoada por tantos outros, como Jacques Lacan), grosso modo, é a de que o sujeito tem algumas pulsões de morte e pulsões de vida. Esse duelo entre (pulsões de) morte e vida parece se inclinar para a pulsão de morte, tendo se afirmado que "o movimento em direção à morte seria primordial no organismo e que a vida, para se instituir, teria que realizar um combate permanente" (MUNIZ, Polyana Stocco. *De "além do princípio de prazer" ao "além do princípio de desempenho"*: ressonâncias da teoria das pulsões no pensamento de Herbert Marcuse. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 58). Ainda que se tente *sublimar* esse conflito entre pulsões não se pode escapar totalmente do tema. Isso porque o fascínio com a morte também perturbou (*rectius*: perturba) as ditas práticas sublimatórias, como a filosofia e as artes. Nota-se entre os pensadores, por exemplo, as passagens de Epicuro sobre a morte e a celebração da vida ("Carta sobre a felicidade (a Meneceu)"); e, nas artes, o protagonismo da morte em obra de José Saramago, cujo enredo sugere o absurdo dos dias em que ninguém morreu ("As Intermitências da Morte"). Sem que se queira reduzir o tema a esta nota, o que seria tanto impossível quanto leviano, permita-se sugerir a leitura de: FREUD, Sigmund. Luto e Melancolia. In: *Introdução ao narcisismo*: ensaios da metapsicologia e outros textos (1914-1916). São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 170-194; FREUD, Sigmund. Além do princípio do prazer. In: *História de uma neurose infantil:* "O homem dos lobos", além do princípio do prazer e outros textos (1917-1920). São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 161-239.

[30] FRANÇA, Rubens Limongi. O conceito de morte, diante do direito ao transplante e do direito hereditário. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.* Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 8, 1995, p. 60. O Código Civil contempla a morte em duas perspectivas – a natural e a presumida. Diferentemente da morte natural, em que se consegue verificar a desintegração, presume-se a morte nos casos em que o sujeito estava (*a*) em perigo de vida e a morte lhe é extremamente provável; (*b*) em guerra, se desparecido ou feito prisioneiro durante dois anos após o término do combate (art. 7º do Código Civil); ou (*c*) desaparecido, cumprido todo o procedimento de ausência. A ausência se verifica "com o desaparecimento de uma pessoa, de seu domicílio, sem que dele haja notícia; ou sem que tenha deixado representante, a quem caiba administrar-lhe os bens; ou deixado mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. A morte e a sua repercussão na vida negocial. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 10, n. 9, 1996, p. 113).

Essa tensão resulta na estrutura binária do nosso Direito das Sucessões, que se divide em sucessão legítima e testamentária[31].

Resumidamente: a sucessão legítima consiste na destinação patrimonial que a lei confere para os casos em que não há testamento, bem como na reserva de parcelas do patrimônio do falecido a pessoas determinadas[32]. Já para os casos em que o sujeito deseja prever questões patrimoniais e existenciais para além de sua morte, permite-se que faça um testamento, mas a sucessão testamentária não confere liberdade absoluta ao testador[33]. Pode-se pensar, ainda, em sucessão legítima e testamentária, conjuntamente, se o autor da herança testar apenas sobre parte de seu patrimônio, incidindo a sucessão legítima sobre a parte remanescente[34].

Esse dualismo existe há tempos entre nós[35]. Regido desde as Ordenações Filipinas, as feições jurídicas do testamento no Brasil recebeu em fases iniciais de sua evolução influência da Igreja Católica, que se beneficiava da liberdade de testar diretamente, como destinatária de legados significativos, e indiretamente, pelo costume de fiéis mandarem celebrar missas de alma (o que chegou a ser considerado como um "comércio da salvação")[36]. Nesse contexto, e para minimizar crise econômica portuguesa, o Marquês de Pombal editou as leis de 1766 e

---

[31] O direito brasileiro não reconhece a sucessão pactícia ou contratual (dos pactos sucessórios). Há, entre nós, o obstáculo do art. 426 do Código Civil. Na síntese de Orlando Gomes: "nulo de pleno direito é o contrato sobre herança de pessoa viva. Permitido não é, entre nós, a renúncia à sucessão que ainda não se abriu. Nem qualquer ato de disposição de herança esperada. Em suma, ilícita a sucessão contratual" (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 8). Para mais sobre a proibição da sucessão contratual, permita-se direcionar a: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 72, 2016, pp. 169-194.

[32] Ou para a parte da herança intocada por disposição de última vontade, seja testamento ou codicilo.

[33] Por sucessão testamentária entenda-se o testamento e o codicilo, ou seja, o que alguns autores chamam de sucessão *voluntária* (POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 152-153). Não por acaso as regras do codicilo estão disciplinadas no Título da Sucessão Testamentária no Código Civil.

[34] A afirmação parece trivial, mas nem sempre foi assim. Clóvis Bevilaqua ensina que no Direito Romano só era possível uma ou outra forma de suceder, pois "a legislação romana queria que a vocação hereditária se fizesse por um ou por outro modo com exclusão do outro; ou a sucessão era legítima ou testamentária; conjuntamente legítima e testamentária não poderia ser. *Nemo ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest nisi miles*, declaram as *Instititutas* (2, 14, § 5), reproduzindo preceito antigo [...] pois o testamento era inadmissível, enquanto subsistissem parentes sucessíveis" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p. 63).

[35] Nas palavras de José Fernando Simão, "o conflito entre a ampla liberdade de testar e as restrições à autonomia privada não é novo" (SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Famílias e sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, pp. 485.

[36] Sobre esse contexto histórico, confira-se: RODRIGUES, Cláudia. As leis testamentárias de 1765 e 1769 no contexto das "reformas pombalinas" no mundo luso-brasileiro. *XIII Encontro de História Anpuh-Rio*. Disponível em: <http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212772170_ARQUIVO_Asleistestamentariasde1765e1769-CLAUDIARODRIGUES.pdf>. Acessado em 1.7.2019.

1769, que limitavam a liberdade de testar, com objetivo de promover "a transferência dos valores gastos [...] – e que iam diretamente para os cofres de sacerdotes, paróquias, irmandades e conventos – para os herdeiros consanguíneos dos testador"[37]. Desde então se observa, portanto, essa constante tentativa de equilibrar a liberdade de testar e a manutenção do patrimônio familiar.

Mais à frente, um sopro liberal veio a ampliar a liberdade de testar, aumentando-se a parcela dos bens atribuída à sucessão testamentária. Isso porque, até a edição do Código Civil de 1916, o testador só podia dispor de 1/3 de seus bens por testamento, se tivesse herdeiros necessários[38]. A partir do Decreto nº 1.839, de 1907 (Lei Feliciano Pena, art. 2º), o testador passou a poder dispor da metade de seus bens, se tivesse herdeiros necessários, ou da totalidade, se não os tivesse. É a regra geral que se mantém até hoje, ressalvadas algumas questões peculiares[39].

Vê-se, então, que o nosso Direito das Sucessões mantém o *espírito de compromisso* entre sistemas individualistas e coletivistas, entre liberdade de testar e a defesa da legítima dos herdeiros necessários[40].

---

[37] Na Lei de 1766 "foram proibidos e declarados nulos os testamentos escritos por qualquer pessoa, secular ou eclesiástica, a favor de sua família ou parente ou, ainda, a qualquer confraria ou corporação religiosa, feitos após o início de doença grave ou aguda do testador. Excetuando-se desta disposição os casos em que os testadores dispusessem dos seus bens a favor dos pais, filhos ou, não os tendo, de irmãos, sobrinhos diretos ou primos coirmãos. Admitir-se-iam legados às comunidades eclesiásticas, seculares ou regulares desde que não excedessem três a cinco missas de esmola ordinária para cada um dos seus sacerdotes". Na Lei de 1769, procurou-se "ampliar os direitos dos herdeiros legítimos, ao abranger os parentes colaterais até o quarto grau e ao estabelecer que a terça só podia ser atribuída a pessoas estranhas à família quando se tratasse de bens adquiridos" e se "pretendeu coibir os exageros dos legados pios ou de bens da alma quando se abarcava parte substancial da terça ou, ainda, quando instituía sua alma como única herdeira dos seus bens" (RODRIGUES, Cláudia. As leis testamentárias de 1765 e 1769 no contexto das "reformas pombalinas" no mundo luso-brasileiro. XIII Encontro de História Anpuh-Rio, pp. 1; 4-5. Disponível em <http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212772170_ARQUIVO_Asleistestamentariasde1765e1769-CLAUDIARODRIGUES.pdf>. Acessado em 1.7.2019). Em 1778, parte dessas leis foi suspensa.

[38] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 171. À época das Ordenações Filipinas a parte legítima correspondia a 2/3 do patrimônio do *de cujus*, de forma que "falecendo o filho, ou filha com testamento [...] deve necessariamente deixar as duas partes de seus bens a seu pai, ou à sua mãe, se os tiver, e da terça parte poderá ordenar, como lhe aprouver" (título XCI).

[39] Destaque-se, a esse respeito, o dever de se observar o direito real de habitação do cônjuge, que pode, assim, residir em imóvel "destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar" (art. 1.831 do Código Civil).

[40] Antonio Junqueira de Azevedo ainda explica que o Direito das Sucessões brasileiro se inspira nos fundamentos sucessórios de direito romano – predominantemente individualista –, de direito germânico – predominantemente comunitário – e de direito canônico, com "frágil equilíbrio entre as exigências religiosas de proteção à pessoa humana (e, portanto, exigências individualistas) e à família" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individuais de autonomia da vontade e as supra-individualidades da família. Herdeiro e legatário". *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 95, pp. 273-274).

Além de conviver com a tensão derivada desse espírito de compromisso, em "movimento de pêndulo (sempre tão frágil e delicado)"[41], o testamento ainda reflete o mais importante instrumento de autonomia no campo do Direito das Sucessões. Não por acaso, o testamento é negócio jurídico "de extrema relevância em um planejamento sucessório"[42] – diríamos mais: atualmente, o testamento é *o principal* instrumento de planejamento sucessório[43].

Isso justifica a relevância de se analisarem as suas feições dogmáticas, um tanto peculiares em comparação ao quadro geral dos negócios jurídicos.

1.1. Os reflexos da teoria do negócio jurídico sobre o testamento

Pode-se definir o testamento como o "ato pelo qual a vontade de alguém, *declarada para o caso da morte*, cria, transmite ou extingue direito"[44]. Em síntese, é através do testamento que se permite ao sujeito escrever as regras que traduzem o seu desejo na forma de suceder.

---

[41] MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito de herança. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, nº 112, 2011, p. 86.

[42] TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116.

[43] Não raro os estudos sobre sucessão testamentária afirmam que se testa pouco no Brasil. Sobre as razões que justificam essa afirmativa, que podem ser "de caráter cultural ou costumeiro, folclórico, algumas vezes, psicológico, outras tantas", confira-se: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 263. Para mais, confira-se também: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 21-24. Há notícia, contudo, de que o número de testamentos públicos cresceu 42% entre 2011 e 2016, sendo lavrados 33.640 testamentos públicos em 2016. Os Estados que lideram a estatística são São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. O então presidente da seção paulista do Cartório Notarial do Brasil, Andrey Guimarães Duarte, aponta sete perfis comuns entre testadores: "a) o primeiro grupo é formado por casais de meia-idade que tem por objetivo deixar o máximo que a lei permite um para o outro, a fim de assegurar maior bem-estar ao cônjuge sobrevivente; b) o segundo grupo é formado por empresários preocupados com o processo sucessório de suas empresas, os quais, na maioria das vezes, preferem deixar o controle acionário para apenas um dos filhos visando evitar disputas entre os herdeiros e preservar a continuidade da empresa; c) o terceiro grupo é formado por pessoas que tiveram mais de um casamento e possuem filhos de cônjuges diferentes. Como nem sempre a convivência dos ex-parceiros e dos filhos é pacífica, o testamento é um meio de garantir que a partilha seja feita com mais harmonia entre a família do testador; d) o quarto grupo é formado por casais homoafetivos que visam preservar os direitos do companheiro ou companheira evitando brigas com a família do falecido por causa dos bens; e) o quinto grupo é formado por casais jovens com filhos menores que nomeiam um tutor e definem previamente quem será o responsável pela criação dos filhos e administração dos bens das crianças, em caso de falecimento dos pais; f) o sexto grupo é formado por pessoas que não tem herdeiros e que deixam seus bens para entidades assistenciais; g) o sétimo grupo é formado por pessoas que tem muitos parentes colaterais, colaterais desconhecidos, como inúmeros irmãos, ou filhos únicos idosos com tios e primos que não sabem seu paradeiro" (CNB-SP. Número de testamentos lavrados cresce 42% nos últimos cinco anos. Migalhas. Publicado em 20.10.2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267466,51045-Numero+de+testamentos+lavrados+cresce+42+nos+ultimos+cinco+anos>. Acessado em 16.12.2019).

[44] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. I. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005, p. 35. Na observação de Clóvis Beviláqua, "na liberdade de dispor de seus bens para depois de sua morte, encontram os homens: a) incentivo poderoso para o trabalho e para a economia; [...] b) ocasião de

É por isso, aliás, que o testamento é qualificado de forma unânime como um "*negócio jurídico* pelo qual uma pessoa dispõe sobre a própria sucessão"[45]. Afinal, como ensina Antonio Junqueira de Azevedo, negócio jurídico é a "declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide"[46]. Por outras palavras, pode-se dizer que o negócio jurídico é a externalização de vontade – por uma declaração – que, em determinado tempo e lugar, entende-se socialmente destinada a produzir efeitos jurídicos.

Mas dizer apenas que o testamento é negócio jurídico não basta. É preciso descer um pouco mais na escala de abstração[47] e estudar quais são os elementos que integram o testamento – isto é, seus *elementos de existência*.

Afirma-se, sem que se possa fugir ao pleonasmo, que um negócio jurídico existe quando presentes todos os elementos de existência. Deve-se analisar primeiramente, então, os

---

dar expansão a seus sentimentos afetivos [...]; c) oportunidade para, mais uma vez, afirmarem para o mundo, as suas individualidades [...], criando em torno de suas memórias, uma atmosfera de gratidão e respeito" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, pp. 214-215).

[45] GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94.

[46] Remete-se ao conceito de negócio jurídico apresentado por Antonio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16). A partir do conceito de negócio jurídico, justifica-se a afirmativa de que o testamento é um negócio jurídico. Contemporaneamente, essa premissa parece unânime – embora não se encontre na legislação os conceitos de testamento (ou de negócio jurídico, por sinal). O Código Civil traz algumas características do testamento, mas não remete à normativa do negócio jurídico. Em Portugal, o Código Civil conceitua o testamento como "acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles", ou estabeleça "disposições de caráter não patrimonial" (art. 2179º). Mas a doutrina portuguesa é "unânime, salve erro", ao afirmar que esse "acto" refere-se a negócio jurídico (ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria do negócio jurídico e o negócio testamentário em Portugal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, nº 18, out.-nov./2010, p. 71). Há quem diga que o testamento é o "negócio jurídico por excelência", por ser o instrumento em que "a vontade do autor atinge o máximo da possível relevância" (ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria do negócio jurídico e o negócio testamentário em Portugal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, nº 18, out.-nov./2010, p. 71). Mas também já houve quem duvidasse de que o testamento seria negócio jurídico, especialmente quanto ao caráter negocial do testamento: Maria de Nazareth Lobato Guimarães faz críticas à doutrina de Lipari, que negava a "negocialidade" do testamento (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra: Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito, ano XVIII, nºs 1-4, 1972, pp. 14-15).

[47] Há que se observar, inicialmente, que o negócio jurídico não é o maior grau de abstração de determinada declaração negocial. Os negócios fazem parte da categoria ainda mais geral dos atos jurídicos que, por sua vez, integram a classe dos fatos jurídicos. Mas os negócios jurídicos também permitem outras subclassificações. Assim, por exemplo, um contrato de compra e venda é, antes de tudo (ou seja, em maior grau de abstração), um fato, um ato e um negócio jurídico; em menor grau, é um contrato; e menos que isso, é um contrato de compra e venda (cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31). A relevância de se estabelecerem esses graus de abstração é ter-se em mente que os elementos de existência também seguem essa ordem. Logo, verificados os elementos de existência de um negócio jurídico, tem-se um negócio jurídico; se além desses elementos são verificados os elementos de existência desse negócio enquanto contrato, tem-se um contrato; e, verificados os elementos de existência desse contrato enquanto contrato de compra e venda, tem-se um contrato de compra e venda.

elementos de existência de qualquer negócio jurídico, os *elementos de existência gerais*, que são: (*a*) tempo; (*b*) lugar; (*c*) agente; (*d*) forma; (*e*) circunstâncias negociais; e (*f*) objeto.

Qualquer negócio jurídico há de ser praticado por um *agente* em algum *tempo* e *lugar*[48]. E esse ato, que acontece em determinado tempo e lugar, é necessariamente praticado por uma pessoa[49]. No caso do testamento, o testador (agente) pratica o ato no lugar em que lavra o instrumento e na data em que declara sua vontade a respeito.

O negócio jurídico também exige alguma (qualquer) *forma*. A forma é o modo como se externaliza determinada declaração, o "meio através do qual o agente expressa a sua vontade", e pode, ainda, ser *expressa* ou *tácita*; *ativa* ou *omissiva*[50]. O testamento deve, portanto, ter uma forma (qualquer) para *existir*.

Também não há negócio jurídico sem as *circunstâncias negociais* em que é praticado. As circunstâncias negociais são "um *modelo cultural de atitude*, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos"[51]. As circunstâncias negociais somadas à manifestação de vontade formam a declaração negocial[52]. Perceba-se, portanto, que não se trata de ter a vontade como elemento estrutural do negócio jurídico, mas de se ter como elemento integrante o conjunto de circunstâncias em que uma manifestação de vontade é recebida *socialmente* como destinada a produzir efeitos jurídicos. Por isso, não são apenas os atos *de vontade* de um agente a produzir

[48] Antonio Junqueira de Azevedo indica o tempo e o lugar como elementos de existência, ainda que o Código Civil não tenha estabelecido muitos requisitos de validade sobre esses dois elementos (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33).

[49] Não se discute, nesse momento, a qualificação desse sujeito – se capaz, se legítimo –, isso é objeto para o plano da validade. É preciso, apenas, haver um sujeito praticando o ato.

[50] Em poucas palavras, forma expressa é aquela em que o agente se manifesta de modo direto, com palavras, gestos ou qualquer externalização objetiva; e tácita, aquela em que se compreende a declaração através dos fatos. Finalmente, é ativa quando se "modifica o mundo exterior" e omissiva, quando o agente permanece inerte (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 126-127).

[51] Um dos exemplos de manifestação que não é jurídica, ou seja, que não é socialmente vista como destinada a produzir efeitos jurídicos é ensinado por Antonio Junqueira de Azevedo: "atos realizados no palco ou em sala de aula (os quais, ainda que sejam autênticos do ponto de vista psicológico, não são negócios por falta das circunstâncias negociais)" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 122-123).

[52] A declaração negocial é "uma espécie de declaração de vontade que observa um determinado modelo, socialmente visto como apto à produção de efeitos jurídicos" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30). Assim, é declaração negocial "toda declaração de vontade com essas características: reconhecimento social de ser destinada a efeitos jurídicos; e nível de igualdade, ou inexistência de hierarquia, entre declarante e declaratário. Havendo declaração negocial, há negócio jurídico" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 24).

negócio jurídico, mas os atos cuja declaração de vontade a *sociedade*[53] entende como negócio jurídico[54].

O testamento não é diferente: depende de circunstâncias para existir, de forma que um testamento que um ator anuncia em uma peça teatral de improviso não assume natureza negocial, pois não preenche com o pressuposto de existência. Da mesma forma, não assume a qualidade de testamento os votos que um avô faz em um discurso festivo rogando aos seus netos que beneficiem uns aos outros em caso de dificuldade na sua ausência.

Como se vê, o exame dos elementos de existência não pressupõe a análise interna da vontade[55], mas somente a *declaração* de vontade. Tanto é assim que os motivos só fazem parte do negócio se forem "referidos no objeto como motivos determinantes"[56], como diz o art. 140 do Código Civil.

Por fim, qualquer negócio jurídico tem um *objeto*. Evidente que se alguém faz uma declaração negocial, declara "algo". O objeto é, grosso modo, esse "algo" que o agente declara. E entende-se, neste trabalho, que objeto e conteúdo são conceitos distintos. Explica-se melhor.

---

[53] Logo, o plano da existência é "intimamente dependente da cultura de cada povo [...]. O direito posto recebe esse 'dado' da sociedade e, aí, feita a entrada no mundo jurídico, lhe regula a validade e a eficácia. O plano da existência é um *prius*, em que o papel do direito é mínimo, papel de mero reconhecimento do que está fora dele. É claro que, já nessa entrada [...] pode haver alguma interferência do direito, permitido, ou negando, entrada [...]; haverá, então, o que se poderia chamar de refração, com uma ideia tirada da física, ou seja, as ondas, que vêm do meio social, sofrem um desvio, ao entrar no meio jurídico, de tal forma que a figura, que entra no mundo jurídico, passa a não corresponder exatamente ao que é a sua realidade no mundo social" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 8-9).

[54] É o exemplo do homicídio doloso que, ao tirar a vida de alguém, não configura negócio jurídico, pois essa vontade manifestada pelo agente no ato de matar não é socialmente entendida como apta a produzir os efeitos jurídicos (ao menos) civilmente (ainda que efeitos civis de responsabilidade civil possam decorrer de condenação penal, por exemplo). Sobre o tema: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

[55] Dessa forma, Antonio Junqueira de Azevedo afirma que "a vontade não é um elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. [...] Certamente a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absolve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio". Assim é que a vontade – subjetiva por essência – é transformada objetivamente em declaração de vontade. E as circunstâncias negociais fazem da manifestação de vontade uma declaração socialmente aceita como destinada à produção de efeitos jurídicos – uma declaração negocial. Essa qualificação surge justamente por ser a declaração aceita socialmente para produzir efeitos jurídicos. Entenda-se, em síntese, a diferença entre manifestação e declaração: "por manifestação de vontade qualquer ato de vontade, isto é, qualquer exteriorização de vontade consubstanciada em palavras, gestos, comportamentos, etc., e, por declaração, tudo aquilo que socialmente se vê como destinado à produção de efeitos jurídicos" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 82; 121).

[56] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137.

Orlando Gomes esclarece que "o conteúdo da relação jurídica não se confunde com o objeto". O objeto está nas "vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais, consistentes em coisas ou serviços", que se buscam com o negócio; já o conteúdo é "o que o sujeito ativo pode fazer ou pretender que outrem faça e o que o sujeito passivo deve fazer ou tolerar que outrem faça"[57].

Assume-se, então, a postura de que o *objeto* é a soma das prestações (de dar, fazer, não fazer, pagar)[58] e o *conteúdo* é o regulamento ou conjunto das cláusulas negociais[59]. O objeto, portanto, faz parte do conteúdo do negócio. Reconhece-se, todavia, que não há unanimidade no tema, podendo se identificar, por exemplo, a opinião de Darcy Bessone[60] no sentido de que objeto e conteúdo são conceitos idênticos.

O tema também é controverso na doutrina estrangeira, que, segundo Alberto Buerres, se divide, ao menos, em três entendimentos, a considerar como objeto (*a*) as obrigações que o negócio jurídico cria, modifica ou extingue (de que seriam adeptos, por exemplo, Giorgio Giorgi, Louis Josserand e Friedrich Carl von Savigny), ou o conteúdo do negócio jurídico (chamadas teorias amplas); (*b*) as prestações (condutas) do agente (chamadas teorias intermediárias); e (*c*) a matéria ou realidade social tida como base do negócio (chamadas teorias

[57] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 332; 334.

[58] O objeto não é, portanto, a coisa que se vai modificar juridicamente, mas o destino que o agente deseja conferir à coisa. Tanto que, ao conceituar o objeto, Emilio Betti prefere falar em *interesses* e não em bens, pois "mesmo quando o objeto do negócio sejam coisas (bens materiais), elas não são consideradas por si, abstratamente, mas sempre com referência aos sujeitos" (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 53). Assim, o objeto do testamento é a transmissão de bens do testador, e não o imóvel, os carros, as obras de arte e os demais pertences do testador que serão transmitidos aos herdeiros.

[59] Este é o entendimento, por exemplo, de Guilherme Nitschke. Diz-se "algumas cláusulas negociais" pois há elementos do negócio jurídico que não fazem parte de seu conteúdo, mas de sua forma. Há também elementos do negócio jurídico que fazem parte do seu conteúdo, mas não de seu objeto – como os elementos particulares do negócio jurídico, por exemplo (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *"Integração" de lacunas contratuais*: em busca de um método. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 213-214; 216). O "conteúdo" da declaração pode, ainda, ser *implícito*, *expresso* ou *incompletamente expresso* no objeto do negócio. Assim, o conteúdo "implícito são os elementos categoriais derrogáveis (elementos naturais), que o ordenamento jurídico inclui no negócio e dos quais, normalmente, as partes nem sequer tiveram consciência; conteúdo expresso é o que no negócio se contém por referência completa; e conteúdo incompletamente expresso é o que nele se contém por referência incompleta, por exemplo, os direitos e obrigações que são decorrência inexorável do próprio tipo de negócio escolhido (se digo 'vendo', afirmo que assumo a obrigação de entregar a coisa), as qualidades essenciais da coisa ainda que não muito descritas, as qualidades essenciais das partes nos negócios *intuitu personae* etc." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 136-137).

[60] Confira-se a este respeito: BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 153; BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 156-157. Em suas lições escritas Antonio Junqueira de Azevedo apontava que "por objeto do negócio jurídico deve-se entender o seu conteúdo" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134). No entanto, há notícia de que o Professor teria mudado de opinião, conforme registro em aula no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferida em 18.4.2007, no qual concordou com a nomenclatura que descreve o objeto como aquilo sobre o qual recai o negócio.

restritivas), como os bens, interesses e relações sob as quais recaem a declaração de vontade (de que seriam adeptos, por exemplo, Federico De Castro y Bravo e Emilio Betti)[61].

A partir dessas considerações, adota-se a diferença entre objeto e conteúdo do negócio jurídico, e aplica-se essa diferença a este trabalho, sendo o *objeto do testamento* a transmissão de bens do testador e o *conteúdo do testamento* as disposições testamentárias[62]. O conteúdo do testamento, portanto, é o escopo deste trabalho. Volta-se a ele mais tarde.

Vistos os elementos de existência gerais (tempo, lugar, agente, forma, circunstâncias negociais e objeto), ligados ao maior grau de abstração, que corresponde ao conceito de negócio jurídico, deve-se descer um pouco nessa escala para que se observem outros elementos de existência – são os *elementos categoriais* (inderrogáveis ou derrogáveis) e os *elementos particulares*.

Os *elementos categoriais inderrogáveis* indicam o *tipo* de negócio e não podem ser afastados na formação de uma determinada espécie de negócio jurídico, sob pena de descaracterizá-la como tal. Assim, a fixação do preço a ser pago por determinado bem (ainda que determinável) é um elemento categorial inderrogável da compra e venda. Se não há fixação de preço algum, o negócio não existe como compra e venda, mas pode existir, por exemplo, como doação. Por isso, superados os elementos existenciais gerais, o negócio jurídico existe, mas esse negócio só será existente enquanto determinado tipo de negócio jurídico quando, além de presentes os elementos gerais, forem observados os elementos categoriais inderrogáveis daquele tipo de negócio.

---

[61] Na opinião de Alberto Bueres, o objeto é determinado por fatos, bens ou direitos. Para maiores detalhes, confira-se: BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, pp. 44-58. Guilherme Nitschke sintetiza o panorama estrangeiro, igualmente divergente (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *"Integração" de lacunas contratuais*: em busca de um método. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 203-210). Ainda sobre as diferenças entre objeto e conteúdo de um direito, Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que "objeto é aquilo sobre que recaem os poderes do titular do direito. O conteúdo é o conjunto dos poderes ou faculdades que o direito subjetivo comporta. Objeto do direito de propriedade é a coisa apropriada; conteúdo do direito de propriedade são os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao proprietário (poderes de usar, fruir, dispor)" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 332).

[62] Ao tratar das disposições testamentárias, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka aponta que o assunto "versa, como se vê, exatamente sobre o conteúdo dos testamentos, quer dizer, sobre a abrangência e o claro teor daquilo que informou a vontade do testador, ao tempo da facção do instrumento testamental" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 325).

Os *elementos categoriais derrogáveis*, por sua vez, decorrem de previsões legais que derivam da *natureza* de determinado negócio, mas que podem ser afastadas pelo agente. São exemplos de elementos categoriais derrogáveis "a responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; a gratuidade, no depósito, no mútuo e no mandato etc."[63].

Por fim, os *elementos particulares* (que se convencionou, por vezes, chamar de elementos acessórios[64]) são escolhas das partes inseridas no negócio em concreto e, por isso, podem ou não existir. São, por exemplo, a condição, o termo, o encargo e a cláusula penal. No testamento, o testador pode desenhar condições, encargos e modos, mas nem sempre o termo; esses elementos são analisados nos próximos capítulos.

Uma vez compreendidos quais são os elementos que integram o negócio – o seu plano de existência –, deve-se analisar os outros dois planos em que ele deve ser estudado[65]: o plano da validade, que contempla a filtragem dos elementos de existência a partir de escolhas legislativas; e o plano da eficácia, que analisa a aptidão de se produzirem os resultados concretos que o agente deseja. Isto é: sabendo-se que o negócio jurídico existe, deve-se investigar se ele cumpre os *requisitos de validade*. Os requisitos de validade são, então, uma espécie de *filtragem* ou qualificação dos elementos de existência. Válido, portanto, "é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas"[66].

[63] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.
[64] Não se adota neste trabalho a nomenclatura "elementos acidentais", pois "o adjetivo *acidentais* [...] pode levar, nas línguas latinas, os menos avisados a pensar que se trata de elementos de secundária importância" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39)
[65] Costuma-se atribuir a estrutura a Pontes de Miranda, como ensina Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134).
[66] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

São *requisitos de validade* exigidos pelo ordenamento: (*a*) tempo "útil"; (*b*) lugar "apropriado"[67]; (*c*) agente capaz[68]; (*d*) forma prescrita ou não defesa em lei[69]; (*e*) circunstâncias negociais não viciadas[70]; e (*f*) objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Pode-se ainda sistematizar os requisitos de validade da declaração negocial em três linhas, relacionados à (*a*) formação (como, por exemplo, as regras sobre capacidade e as regras do erro, dolo e coação); (*b*) estrutura (como, por exemplo, o objeto); e ao (*c*) fim (como, por exemplo, as regras sobre fraude e a simulação)[71].

Em seguida, o terceiro plano do negócio jurídico é o plano da eficácia, que se estrutura a partir dos *fatores de eficácia* – situação externa ao negócio, mas que "contribui para a

[67] Quanto ao tempo e ao lugar, elementos intrínsecos do negócio, devem observar possíveis requisitos legais. Assim, "se o ordenamento jurídico impuser que o negócio se faça em um determinado momento [...] deverá esse ser o tempo útil". E, também, "o lugar, se excepcionalmente, tiver algum requisito, há de ser o lugar apropriado" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43).

[68] O agente deve ser capaz, nos termos da legislação civil. Destaque-se a (ainda um tanto recente) alteração na disciplina da capacidade civil imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 de 2015), a conferir capacidade a pessoas antes consideradas incapazes. De todo modo, não praticam negócio jurídico válido nem os absolutamente incapazes, nem os relativamente incapazes (art. 3º e 4º do Código Civil), se não representados ou assistidos na forma da lei. A diferença, entretanto, é a consequência da invalidade. Os negócios jurídicos praticados por agente absolutamente incapaz são nulos; por agente relativamente incapaz são anuláveis (arts. 161, I, e 171, I, do Código Civil). A capacidade do agente deve ser aferida no momento em que se pratica o ato. Se houver incapacidade superveniente do agente, em nada será afetado o ato praticado, que se consolidou perfeito na plenitude da capacidade do agente em determinado momento.

[69] A forma "ou será livre, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser conforme prescrição legal" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43). A inobservância da forma é hipótese que implica nulidade do ato (art. 166, IV, do Código Civil).

[70] As circunstâncias negociais "não têm requisitos exclusivamente seus, já que elas são o elemento caracterizador da essência do próprio negócio, são aquele *quid* que qualifica uma manifestação transformando-a em declaração" (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43). No entanto, como as circunstâncias negociais transformam a manifestação de vontade em declaração juridicamente aceitável, deve-se observar se essa declaração foi produzida através de um processo válido. Processo válido de declaração de vontade é aquele em que a vontade é externalizada sem que as influências externas ao agente impliquem vícios do consentimento. São vícios do consentimento: o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores (estes dois últimos também chamados "vícios sociais", terminologia que parece mais apropriada).

[71] São o que Antonio Junqueira de Azevedo chama de "requisitos para a regularidade da declaração". Entende-se por fim o "resultado que, hipoteticamente, o negócio jurídico atingiria, se todos os efeitos dele decorrentes, se concretizassem" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 104-107).

obtenção do resultado visado"[72]. Esses fatores de eficácia podem atingir o negócio jurídico em seu início (a condição suspensiva, por exemplo) ou final (a condição resolutiva, por exemplo)[73].

A partir do estudo dos *elementos de existência*, dos *requisitos de validade* e dos *fatores de eficácia* do negócio jurídico, e tendo em vista que, em regra, esses são planos sucessivos e dependentes (a validade depende da existência, assim como a eficácia depende da validade – trata-se da técnica de *eliminação progressiva*[74]), pode-se concluir que:

(a) *existe* testamento quando um testador (*agente*), em determinado *tempo* e *lugar*, expõe desejos existenciais ou declara a vontade de destinar seus bens e direitos para depois da morte, sob *circunstâncias* socialmente aceitas para produzir esses efeitos, através de certa *forma*;

(b) há testamento existente e *válido* quando um testador *capaz*, em *tempo* e *lugar* adequados, expõe desejos existenciais ou declara a vontade de destinar seus bens e direitos, para depois da morte (*objeto*), mediante disposições *lícitas*, *possíveis*, *determinadas* ou *determináveis*, sob circunstâncias negociais *não viciadas*, observada a forma *legal*; e, por fim,

(c) é existente, válido e *eficaz* o testamento em que um testador *capaz*, em *tempo* e *lugar* adequados, expõe desejos existenciais ou declara a vontade de destinar seus bens e direitos para depois da morte, mediante disposições *lícitas*, *possíveis*, *determinadas* ou *determináveis*, sob circunstâncias negociais *não viciadas*, observada a forma *legal* e, uma vez vindo o testador a falecer, não estando suas disposições condicionadas a determinado fator cuja eficácia esteja

[72] No estudo da eficácia, abre-se um ponto interessante. A sistemática do negócio jurídico é desenvolvida com base na análise sucessiva de três planos (existência, validade e eficácia). Apesar dessa regra, existem situações excepcionais de negócios inválidos eficazes. Um dos exemplos de negócio inválido e eficaz é o "casamento putativo, que tem 'eficácia civil' em relação ao cônjuge de boa-fé e (ou aos dois, se ambos estavam de boa-fé) e em relação aos filhos" (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, pp. 49; 55). Dessa forma, o negócio, que deveria ter parado na análise do plano da validade, já que é inválido, mesmo assim, passa ao plano seguinte, e se torna eficaz apesar da invalidade.

[73] Há, ainda, fatores de eficácia extensivos, "que dilatam a eficácia própria do negócio jurídico", como as medidas de publicidade e registro (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 118).

[74] Salvo a exceção do negócio inválido e eficaz, como já se viu.

> suspensa de forma inicial ou tolhida de modo superveniente e ressalvados, também, os casos de caducidade[75].

Com isso, pode-se seguir para a análise, um pouco mais detida, das peculiaridades do testamento como negócio jurídico.

1.2. As características do testamento no quadro geral dos negócios jurídicos

O Código Civil não fornece o conceito de testamento, mas lida com algumas de suas características[76], o que permite traçar sua singularidade. Pode-se dizer que o testamento é ato (*a*) personalíssimo[77]; (*b*) unilateral; (*c*) revogável; (*d*) *mortis causa*; (*e*) gratuito e (*f*) formal[78].

Por personalíssimo entende-se o ato que só pode ser praticado pelo próprio declarante[79]. Veda-se, com isso, qualquer tipo de representação ou procuração em matéria testamentária[80].

Ser ato personalíssimo também indica a natureza do testamento como verdadeira extensão da personalidade ("*ilação da personalidade*") para além da vida. Isso porque o testamento guarda, como explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> *a soberana ideia do homem de que, por meio do testamento, realizaria e expandiria, para além de sua morte e para um futuro no qual já não mais*

---

[75] A caducidade é ineficácia da disposição que "embora válida, torna-se ineficaz pela superveniência de um evento previsto em lei" (VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1993, p. 541). Na síntese de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "é possível reduzir as hipóteses de ocorrência da caducidade de testamentos aos casos seguintes: a) se os instituídos falecerem antes do testador ou simultaneamente a ele; b) se não se der o implemento da condição à qual estava sujeita a instituição dos herdeiros ou legatários; c) se os instituídos falecerem depois do instituidor, mas antes do implemento da condição; d) se os instituídos forem excluídos da sucessão, ou se forem incapazes de herdar, ou, ainda, se renunciarem à herança" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 373).

[76] Confira-se a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: "o testamento – negócio jurídico de caráter personalíssimo que é (art. 1.858 do Código Civil) – traz a marca de características que lhe são muito próprias, como a unilateralidade (antes já mencionada), a solenidade, a gratuidade e a absoluta revogabilidade" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ação de rompimento de testamento público. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, v. 17, jul.-set./2018, p. 173).

[77] Característica que Capelo de Sousa chama de "auto-feitura" (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 168).

[78] José de Oliveira Ascensão acrescenta que o testamento é ato "irrepetível após a abertura da sucessão" (ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria do negócio jurídico e o negócio testamentário em Portugal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, nº 18, out.-nov./2010, p. 75).

[79] Além de a declaração do testador ser da própria estrutura do ato, o art. 1.858 do Código Civil expressa que o testamento "é ato personalíssimo".

[80] Dessa forma, somente o testador "pode realizá-lo e revogá-lo. É manifestação que só pode emanar, única e exclusivamente, da vontade do testador. Precisa ser por ele próprio declarada, pessoal, indelegável e diretamente, ainda que possa se valer de minutas, notas e apontamentos. [...] Não é admitida manifestação através de procurador ou representante legal, mas é possível que alguém redija o testamento a rogo (art. 1.868)" (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 354).

> *estará, uma das mais importantes ilações de sua personalidade, qual seja o seu desejo, o seu querer e a sua vontade*[81].

É ato *unilateral*, pois produzido por apenas um agente: o testador. Rejeita-se, portanto, os testamentos coletivos (a exemplo do testamento conjuntivo)[82].

O testamento é ato que o testador pode *revogar*, total ou parcialmente, a qualquer momento em vida (art. 1.858 do Código Civil). Com isso, permite-se que o testador possa realizar quantos testamentos quiser[83], sendo os testamentos posteriores em substituição ou em complementação dos testamentos anteriores[84-85].

O testamento também é *gratuito* – isto é, o testador não fica sujeito a qualquer ônus ao praticá-lo. Pode o testador, entretanto, estabelecer um encargo ao herdeiro ou legatário[86], pois, embora os efeitos do encargo pareçam com os de uma contraprestação, com ela não se confundem, uma vez que os efeitos do testamento independem do cumprimento do encargo, não sendo ele, pois, integrante de um sinalagma. O encargo é tão somente um ônus que decorre da declaração de vontade do testador, a que o beneficiário está sujeito se desejar aceitar a deixa.

---

[81] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 264-265.

[82] O art. 1.863 proíbe o testamento conjuntivo "seja simultâneo, recíproco ou correspectivo". Testamento conjuntivo é aquele feito "de mão comum". Como ensina Caio Mário, "[s]ão proibidos hoje os testamentos coletivos notadamente aqueles que se autorizavam no passado, sob formas de testamentos simultâneos, conjuntos ou correspectivos. Não vale, pois, o testamento de mão comum; nem aqueles que, posto sejam redigidos em instrumentos distintos, vinculem a declaração testamentária à de outro testador" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 170).

[83] Não se confunda a revogação com a anulação ou a caducidade. A revogação do testamento é ato do testador que, em vida, descarta o negócio jurídico por simplesmente não mais desejá-lo ou porque o substituiu por outro, retirando a eficácia do anterior. A anulação e a caducidade do testamento são consequências não geradas pelo desejo testador. A caducidade (e o rompimento, como hipótese de caducidade), ao "contrário da revogação, é um aspecto de sua ineficácia, que não resulta da declaração de vontade do testador, senão de circunstâncias de fato, a que a lei atribui tal consequência" (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242).

[84] Note-se apenas que a revogação de um testamento revogador não faz ressurgir o testamento antigo inicialmente revogado, ou seja, não há "efeito repristinatório automático" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 319-320). Neste sentido também o acórdão do TJSP, 2ª CDPriv., AC nº 137.461-4/2-00, Rel. Des. Theodoro Guimarães, j. 5.11.2002, encontrado em: VALVERDE, Iracema A.; ALMEIDA, Patrícia de Castro; GONÇALVES, Angela Clara F. (org.). *Testamento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2003, pp. 72-73. Uma vez revogado o testamento, ele não produz mais efeitos, salvo se o conteúdo voltar como nova e expressa declaração de vontade do testador.

[85] A respeito da cláusula de irrevogabilidade (ou não-revogação) do testamento, confira-se as opiniões apontadas no item 2.5, abaixo.

[86] Nos ensinamentos de Zeno Veloso, o encargo "pode ser aposto à disposição que nomeia herdeiro, bem como à que institui legatário. [...] O encargo pode ser instituído em favor do próprio testador" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 120). Embora não tenha sido objeto de previsão legislativa específica, "não impede que o doador, ou o testador, limite a liberalidade feita aos donatários, ou aos herdeiros instituídos, ou aos legatários, impondo-lhes *obrigatoriamente*, a execução de determinado encargo em benefício dos mesmos" (RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 388).

O testamento é, ainda, ato *formal*. Depende, para existir, de *formas específicas*. Tomada alguma forma, já existe, e o Código Civil estabelece diferentes formas testamentárias, à escolha do testador (ou a depender das circunstâncias). Cada uma dessas possibilidades conta com solenidades próprias, todavia, e todas elas devem assumir a forma escrita.

O testamento é também negócio jurídico *mortis causa*, ou seja, tem sua eficácia condicionada à morte do testador[87]. Essa característica é um forte traço distintivo do testamento em relação a outros negócios jurídicos. Antes disso, o negócio pode ser, no máximo, existente e válido.

O escopo do testamento é, portanto, destinar uma disposição de vontade a produzir efeitos pós-morte. E, com isso, para sua existência enquanto testamento, é *elemento categorial inderrogável do testamento* que a disposição seja *para depois da morte*. Assim, se há disposição de bens para depois da morte, pode-se falar em testamento, mas se há disposição de bens que não para depois da morte, pode-se ter, talvez, doação. E, ainda, se há disposição existencial para depois da morte, há testamento. Mas se há disposição existencial, mesmo que de última vontade, para surtir efeitos ainda em vida, não há, a rigor, testamento[88].

Assim, a ocorrência do fato jurídico *morte* é, sem dúvida, um fator de eficácia do testamento. Mas a destinação de determinada disposição de vontade para produzir efeitos após a morte é elemento de existência *categorial inderrogável*, sem a qual não se tem testamento.

Vistas essas características do testamento, muitas vezes se afirma – como se observa em algumas decisões judiciais ao longo deste trabalho – que o testamento é um negócio *peculiar*, a exigir tratamento diferenciado pelo intérprete.

De fato, uma dessas características do testamento se destaca mais do que as outras: ser ato *mortis causa*. Essa peculiaridade justifica o tratamento diferenciado do testamento em relação a outros negócios jurídicos, tanto de ordem dogmática como prática.

---

[87] Já disse Orlando Gomes que o testamento "[a]ntes do óbito é ato válido, mas ineficaz, nenhum efeito patrimonial, ou não, se produzindo no intervalo" (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95).

[88] Nesse caso, pode-se falar, apenas, em diretivas antecipadas de vontade, por exemplo, por vezes chamada testamento vital. Na definição encontrada em Caio Mário da Silva Pereira, o testamento vital é "o documento pelo qual uma pessoa física, plenamente capaz, manifesta sua vontade de se submeter ou não a certas técnicas médico-terapêuticas, na hipótese de vir a se encontrar em estado terminal ou de sofrer lesão traumática cerebral irreversível" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 184).

No plano dogmático, a primeira repercussão diz respeito à interpretação do testamento.

Diz-se que todo ato deve ser interpretado. A interpretação é natural e indispensável em qualquer leitura[89]. Aplica-se, como não poderia deixar de ser, aos negócios jurídicos essa mesma concepção.

Os negócios jurídicos, entretanto, não são interpretados todos de uma mesma forma, sem distinção quanto ao tipo de negócio celebrado. Para que se chegue a uma interpretação compatível com o negócio desejado, devem ser observadas características particulares de alguns negócios jurídicos. Essas características particulares conduzem a uma forma de interpretação mais coerente com a estrutura do negócio jurídico interpretado. É o que se chama de *ponto de relevância hermenêutica*.

Nas palavras de Emilio Betti, há que se considerar nos negócios jurídicos um "tratamento interpretativo – ponto de relevância hermenêutica –, que o jurista intérprete deve procurar numa *sede*, que é diferente conforme a estrutura exigida para a eficácia do negócio jurídico"[90].

O ponto de relevância hermenêutica, portanto, é o resultado de uma "sistematização das peculiaridades apresentadas pelas interpretações das diferentes categorias de negócios jurídicos"[91]. O objetivo dessa sistematização é estabelecer referências na interpretação de diferentes tipos de negócio.

São diferentes as declarações *bilaterais* e *unilaterais*, como também são diferentes as declarações *inter vivos* e *mortis causa*. Nas declarações bilaterais, observa Francisco Marino, o ponto de relevância hermenêutica está na "contraparte da declaração negocial"[92]. Nas declarações unilaterais, há que se fazer uma distinção entre as declarações receptícias e não receptícias. Sendo a declaração unilateral receptícia, o ponto de relevância hermenêutica está

[89] Já ensina Pietro Perlingieri que a clareza é resultado da interpretação, ou seja, "a clareza, se existe, não pode ser um *prius*, mas um *posterius* da interpretação: não é premissa, mas o resultado da interpretação. [...] O equívoco maior que se aninha no brocado *in claris non fit interpretatio* é o pressuposto no qual se funda, ou seja, a 'clareza do texto'" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 72-73).
[90] BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 179.
[91] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 144-145.
[92] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

no destinatário; já na declaração unilateral não receptícia, está no "interesse despertado pela declaração em um círculo social maior ou menor, na medida da confiança que cria"[93].

A diferença interpretativa entre os negócios jurídicos *inter vivos* e os negócios jurídicos *mortis causa* está na *destinação do negócio*, como indica Emilio Betti. Enquanto o negócio *inter vivos* tem como objetivo produzir efeitos em vida – sanar um conflito, por exemplo –, o negócio *mortis causa* se destina a "criar uma relação sucessória entre o defunto e o seu sucessor"[94]. Dessa forma, o ponto de relevância hermenêutica das declarações *inter vivos* está "*a priori*, no destinatário da declaração negocial"[95]; nas declarações *mortis causa*, ao contrário, o ponto de relevância hermenêutica está centrado no *declarante*.

O mesmo diz Karl Larenz ao indicar que a interpretação de uma declaração testamentária tem por objeto "o significado *subjetivo*, não um significado objetivo"[96]. O querer do testador (declarante) é perseguido ainda que ele não tenha acertado nas palavras, e com isso, se o testador tiver se "equivocado na expressão, mas se puder averiguar sem dúvidas o que havia querido dizer, a expressão é válida com o significado dado por ele, ainda que o significado não seja compatível com o sentido literal"[97].

Assim, o norte interpretativo dos testamentos há de ser a vontade do testador. E, dessa forma:

> *a interpretação dos negócios jurídicos* mortis causa *tem como meta direta o pensamento do disponente, a* mens testantis*. Ainda que o ponto de partida esteja nas declarações do disponente (pensamento declarado), é lícito pesquisar o seu entendimento real ou provável, embora não adequadamente expresso na declaração, desde que tenha na declaração negocial um 'pretexto' (*addentellato*) e 'resulte de circunstâncias exteriormente reconhecidas no círculo social do disponente, mercê de ilações da experiência comum*'[98].

---

[93] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.
[94] Diz Emilio Betti, na íntegra, que "[o] que exige um tratamento diferente não é apenas a unilateralidade do negócio ou a gratuidade da causa, consideradas em si mesmas, mas o caráter *mortis causa* da disposição, a qual se destina, não a resolver um conflito ou uma divergência, mas a criar uma relação sucessória entre o defunto e o seu sucessor (herdeiro instituído ou legatário)" (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003, pp. 228-229).
[95] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.
[96] LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 417 (tradução livre).
[97] LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 472 (tradução livre).
[98] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 145-146. No mesmo sentido, segundo Emilio Betti: "O reconhecimento do sentido da disposição testamentária com o

Essa orientação integra a tradição da jurisprudência brasileira sobre a matéria. Confira-se, a título de exemplo, o diagnóstico de Orosimbo Nonato ao relatar no STF disputa sobre a interpretação de legado de redação duvidosa:

> *Ao contrário do que sucede nas convenções, em que a pesquisa da vontade real sofre limitações, pelo princípio da confiança nas declarações, tanto mais que envolvem interesses de terceiros, nos testamentos o que prevalece é a vontade do testador sobre o sentido literal do texto do ato*[99].

Por isso, ser negócio jurídico *mortis causa* é o que justifica o ponto de relevância hermenêutica do testamento estar centrado na vontade do testador[100]. Ou seja: no testamento, esse ponto de relevância hermenêutica "não advém, portanto, da sua unilateralidade ou de sua natureza gratuita, isoladamente considerados, mas do próprio caráter *mortis causa* da disposição"[101].

Conclui-se, pois, que a vontade do testador, embora não seja elemento integrante da estrutura do testamento, é colocada no mais alto destaque para que se compreenda a sua declaração[102]. Faz parte da *dinâmica* do testamento entender a vontade do testador.

Isso faz com que toda a dogmática do testamento tenha peculiaridades que a distingue do regime dos contratos, por exemplo. Não se pode tratar da mesma forma a discussão sobre a intepretação de disposição testamentária ou de cláusula de contrato de compra e venda: assim, havendo dúvida sobre o alcance do objeto vendido (a extensão do imóvel, por exemplo), o intérprete há de investigar as expectativas e manifestações de parte a parte, buscando identificar a *intenção comum declarada*; já havendo dúvida sobre a extensão de um legado sobre o mesmo imóvel, o ponto relevante de investigação há de ser a vontade do testador, sendo irrelevante a expectativa do legatário.

---

auxílio da '*mens testantis*', mais que com o da '*figura verborum*', constitui um problema hermenêutico essencialmente diferente do reconhecimento do preceito contratual com a ajuda da comum intenção prática das partes, e não apenas com a do sentido literal das palavras" (BETTI, Emílio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 182).

[99] STF, 2ª Turma, AI nº 12.940/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, v. u., j. 13.09.1946. No caso, discutiu-se o percentual que a testadora, Maria Constança de Miranda, legou ao marido.

[100] Para Capelo de Sousa, a proteção da vontade do testador seria mais uma característica do testamento, de ser "um negócio de orientação subjetivista", em contraposição à "generalidade dos negócios jurídicos, onde vem predominante uma orientação objetivista, para proteção da confiança do destinatário, e, reflexamente, dos interesses gerais da contratação" (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 171).

[101] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

[102] Relembre-se as notas de Antonio Junqueira de Azevedo: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82.

Por isso, a vontade do testador é fixada como ponto de relevância hermenêutica pelo art. 1.899 do Código Civil, segundo o qual: "[q]uando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador".

Além disso, a dogmática do testamento não admite que terceiros preencham as lacunas deixadas pelo testador – ou mesmo que determinadas pessoas sejam beneficiadas com as disposições – e chega ao ponto de eleger um sujeito para cumprir a vontade do testador, o testamenteiro[103]. Não há nada semelhante na disciplina dos demais negócios jurídicos.

Mas isso traz consigo uma questão sensível de ordem prática: o fato de que o testador está morto no momento em que se discute o teor do testamento. Isso há de gerar algum grau de dificuldade ao julgador.

Isto é: o julgador não tem a ocasião de inquirir diretamente a pessoa mais importante para cumprir a sua missão, que é o próprio testador. Isso faz com que a matéria probatória em disputas testamentárias seja em grande parte indireta, ao lado da prova testemunhal[104].

E isso há de condicionar o raciocínio do julgador, como admitido pelo Min. Thompson Flores, do STF, que, em suas palavras, "jamais deslembra" a seguinte observação: "[a]nulado que seja o testamento, jamais há possibilidade de restauração do ato. É que, apresentado após a morte do testador, anulado que seja, sua vontade jamais se cumprirá e, bem ou mal, seu conteúdo representaria seu desígnio na distribuição de seu patrimônio"[105].

---

[103] Confira-se, a respeito, a regra que proíbe o testamento conjuntivo (art. 1.863 do Código Civil, segundo o qual "[é] proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo"); que declara nula a disposição em benefício das pessoas que não podem receber por testamento (art. 1.900, IV, do Código Civil, que remete às pessoas que não podem receber por testamento, listadas nos arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil); e que autoriza a nomeação de testamenteiro (art. 1.976 do Código Civil, que dispõe: "[o] testador pode nomear um ou mais testamenteiros, conjuntos ou separados, para lhe darem cumprimento às disposições de última vontade").

[104] A não ser que se acolha cartas psicografadas como prova no processo civil, o que exige outras reflexões. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga apontam que "a prova que tenha como matriz a carta psicografada é ilícita e ineficaz. [...] E sua ilicitude advém não só da inclinação religiosa que ela implica, como também do óbice que impõe ao contraditório prévio e posterior à prolação da decisão judicial, que não teria como ser racionalmente fundamentada e discutida, se assentada em elemento probatório desse viés. Enfim, o que faltaria em democracia, sobraria em fé. E o direito brasileiro não comporta isso" (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Vol. 23. Nº 25. 2013. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12366/9413>. Acessado em 19.12.2019).

[105] STF, Tribunal Pleno, RE 87.203/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 13.9.1979.

1.3. A filtragem de validade do conteúdo do testamento como limite à liberdade de testar

Outra importante premissa do estudo do testamento é o princípio fundamental que permite que o testador desenhe os contornos da sua sucessão: a *liberdade de testar*.

Dizem os estudiosos que o princípio da liberdade de testar "está contid[o] na autonomia privada"[106]. Mas essa autonomia privada em matéria de sucessões – tal qual em outras questões de direito privado[107] – não é ilimitada.

Nesse sentido, também a liberdade de testar tem limites. Talvez o mais notório limite, grosso modo, à liberdade de testar seja a sucessão legítima, conforme o art. 1.857, § 1º, do Código Civil. Logo, existindo herdeiros necessários, a sucessão testamentária limita-se à metade do patrimônio do testador[108].

---

[106] NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: noções e princípio fundamentais. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coord.). *10 anos do Código Civil*: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 833. Na lição de Paulo Mota Pinto, "[p]or autonomia privada pode entender-se – sem excessivas preocupações de afinamento conceitual – a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica" (PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação – algumas notas. In: Tribunal Constitucional. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 333).

[107] São conhecidas as barreiras à autonomia privada (como, por exemplo, em seu aspecto contratual). Assim, "medrou no direito moderno a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consume atentado contra a justiça. [...] A ideia intervencionista ganha corpo e atinge três aspectos principais: A) As vezes o legislador impõe a contratação como no caso de fornecimento de bens e serviços, conforme preceitua o art. 39, II e IX, do Código do Consumidor (Lei n° 8.078/90), o que antes mesmo da entrada em vigor desta Lei já era definido como delito contra a economia popular (Lei n° 1.521, de 26 de dezembro de 1951), ou como naquele outro de conceder ao locatário de prédio urbano a prorrogação de aluguel (art. 47 da Lei n° 8.245, de 18 de outubro de 1991), ou, ainda, no caso de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos terrestres ou por sua carga (Lei n° 6.194, de 19 de dezembro de 1974).; B) Outras vezes institui cláusula coercitiva, definindo direitos e deveres dos contratantes, em termos insuscetíveis de derrogação, sob pena de nulidade ou punição criminal, como no contrato de trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 9o), ou no de venda de terrenos em prestações, em que é vedada a cláusula de rescisão *pleno iure* do contrato (Lei n° 6.766, de 19 de dezembro de 1979, art. 25), ou, ainda, nos contratos de consumo, quanto à proibição de cláusulas qualificadas como abusivas (Lei n° 8.078, de 5 de outubro de 1990, art. 51); C) Em outros casos, concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato, e estabelecer condições de execução, coativamente impostas, caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 25-26). Sobre a limitação da autonomia privada na iniciativa econômica, confira-se: PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 192-196.

[108] No texto do art. 1.846 do Código Civil, "[p]ertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima". Diz-se grosso modo, pois, a partir da lição de Orlando Gomes, reforçada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, não se pode tratar da sucessão legítima apenas "sob o aspecto da limitação ao poder de dispor" por testamento ou doação, já que, se fosse o caso, "os atos lesivos seriam nulos e não redutíveis" (cf. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio

Mas há também outros comandos expressos que limitam a liberdade de testar, tais como os que impõem a justa causa para as cláusulas restritivas (art. 1.848 do Código Civil), a taxatividade do rol de deserdação (arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil), ou os que proíbem o testador de beneficiar determinadas pessoas (art. 1.900, V, do Código Civil). Alguns deles inclusive determinam como consequência expressa a nulidade da disposição testamentária; outros exemplos são mais sutis e derivam de normas gerais, como a que repudia condições contrárias à ordem pública (art. 122 do Código Civil).

Nota-se, portanto, que a liberdade de testar sofre limitações mediante os filtros de validade.

Relembre-se que o plano da validade é o segundo passo na técnica de eliminação progressiva: o negócio jurídico *existe*, resta saber se ele *vale*. Mas, a rigor, a validade é o primeiro plano de *regulação efetiva* dos negócios, já que o plano da existência parte de fatos que a sociedade entende como aptos a produzir efeitos jurídicos, cabendo ao Direito apenas reconhecê-los como tal.

O plano da validade, este sim, seria o primeiro plano em que o Direito atua "como Senhor"[109], pois cabe ao Direito exigir os requisitos de validade[110]. E pune-se a falta dos requisitos de validade com a invalidade do negócio jurídico. A invalidade é uma sanção, portanto[111].

---

de Janeiro: Forense, 2015, p. 81; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ação de rompimento de testamento público. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, v. 17, jul.-set./2018, p. 176). Destaque-se, ainda, que há algumas propostas de estudo para alterar o panorama da sucessão legítima no Brasil e conferir ao testador maior liberdade de testar. Sobre o tema, confira-se, por exemplo: RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/o-eterno-retorno/>. Acessado em 3.12.2019.

[109] Na lição de Antonio Junqueira de Azevedo: "o direito posto contenta-se, salvo uma ou outra situação de exceção, com regular a validade e a eficácia dos atos negociais (não a sua existência)" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 8-9).

[110] Há, sem dúvida, reflexo do contexto social também no plano da validade – como em todo o ordenamento – a variar de tempo e lugar (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44).

[111] Neste sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 91; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42. Também no conceito de Carvalho Santos, a invalidade é "uma sanção da violação da autoridade da lei, isto é, uma sanção dos atos praticados contra a disposição das leis proibitivas ou preceptivas, qualquer que seja o elemento do ato jurídico, que tenha sido visado pelo preceito legal: sujeito, objeto, conteúdo, cláusulas, formalidades internas e externas, publicidade, etc." (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 226). Em sentido contrário, Marcos Bernardes de Mello aponta a doutrina de

Seria mais simples o estudo das invalidades se houvesse harmonia de conceitos, uma teoria geral das invalidades. Mas são muitas as divergências, inclusive terminológicas[112], que fazem com que esta matéria seja uma das "mais obscuras do direito"[113]. Chega-se a apontar a falta de cuidado de parte da doutrina com a questão, que repetiria, "não poucas vezes, afirmações superficiais ou até mesmo falsas"[114]. Esse contexto de dificuldades chega a fazer crer que estruturar uma teoria geral seja quase uma "missão irrealizável"[115].

A legislação também não sai melhor na fotografia. Ao longo do tempo, o legislador – do Regulamento[116] (Decreto nº) 737 de 1850, do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002 – parece tratar as invalidades com menos sintonia do que deveria.

Na largada, o Regulamento 737 tratava das *invalidades* dos contratos em capítulo sobre a "Nulidade dos Contratos Comerciais", diferenciando contratos nulos e anuláveis pelos critérios da "nulidade de pleno direito" ou "dependente de rescisão" (art. 686). O Código Civil

---

Norberto Bobbio e Herbert L. A. Hart, para quem a natureza jurídica da invalidade seria de normas técnicas (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 94-95).

[112] Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, a "terminologia equívoca terá provavelmente contribuído para a frequência com que a linguagem forense, e às vezes a doutrinária, incorreu no erro de misturar as duas figuras, empregando promiscuamente os substantivos 'nulidade – anulabilidade', os adjetivos 'nulo – anulável' e as expressões 'declarar nulo – anular'" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, jul.-set./2003, versão eletrônica p. 1). Há, ainda, quem considere a nulidade um gênero de que são espécies a nulidade absoluta (o que se entende por nulidade) e a nulidade relativa (anulabilidade) como, por exemplo, Miguel Maria de Serpa Lopes e Silvio Rodrigues (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 506; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284).

[113] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 29.

[114] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ação de nulidade de testamento – Falta de *legitimatio ad causam* de quem não é herdeiro nem legatário – Os atos nulos podem, ou não, ser atos nulos "de pleno direito" – Cânones hermenêuticos e interpretação das exigências de formalidades essenciais no testamento público. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 345, jan.-mar./1999, p. 177. Por todas as críticas, confira-se a opinião de Caio Mário da Silva Pereira, para quem a "matéria é muito obscurecida, carece de boa exposição dogmática, e alimenta acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia, que é algo desencontrada e imprecisa" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 527).

[115] Marcos Bernardes de Mello aponta algumas razões de não se conseguir formar uma teoria geral das nulidades, em síntese: "(a) não é possível dizer-se que todo ato nulo é ineficaz [...]. (b) não se pode dizer que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo [...]. (c) nem é correto afirmar-se que a nulidade pode ser decretada de ofício pelo juiz ou é alegável por qualquer interessado ou pelo Ministério Público [...]. (d) nem se pode sustentar que o ato jurídico nulo não é passível de confirmação, pois há sistemas jurídicos, como o colombiano, que a permitem" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 52;54).

[116] O Regulamento 737 de 1850 teve por objeto, inicialmente, tratar as questões processuais em direito comercial e, após a proclamação da República, passou a disciplinar também as questões processuais em matéria civil, salvo nos Estados com lei processual própria regulou a matéria (VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 27). Também sobre o Regulamento 737 confira-se: CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistema de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

de 1916 também manteve o título do capítulo "Das Nulidades" para tratar de diferentes casos de nulidade ou anulabilidade[117]. O Código Civil de 2002, por sua vez, corrige o título para tratar apropriadamente as *invalidades*, mas, ainda assim, "subsistem alguns deslizes"[118].

Nesse cenário, não é tarefa simples – tampouco unânime – pormenorizar as classificações das invalidades do negócio jurídico. A partir de algumas opiniões, pode-se classificar as invalidades como (*a*) nulidade ou anulabilidade; (*b*) textual ou virtual; (*c*) total ou parcial; e (*d*) material ou formal[119].

Dividem-se, inicialmente, as invalidades entre *nulidade* e *anulabilidade*. Não se deve buscar uma contraposição ontológica entre os conceitos. Como ensina José do Valle Ferreira, os negócios nulos e anuláveis são "igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições mais ou menos graves, mas é certo que têm a mesma existência irregular e precária". Assim, a matéria encontraria apenas "dois conceitos antagônicos: validade e invalidade"[120].

Nulidade e anulabilidade, então, são mecanismos diferenciados especialmente pelo grau de imperfeição do negócio jurídico, decorrentes de escolhas de política legislativa[121].

---

[117] É perceptível a referência ao que Barbosa Moreira chamou de falta de *sintonia* do Código anterior (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, jul.-set./2003, versão eletrônica p. 1). Destaque-se o aparente desarranjo entre os arts. 147 e 152: o art. 147 enunciava os casos em que o ato jurídico era *anulável*; já o art. 152 afirmava que as "*nulidades* do art. 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício". A expressão "nulidades" do art. 152 do Código Civil de 1916 foi corrigida para "anulabilidade" no artigo correspondente no Código Civil de 2002 (art. 177).

[118] Segue o autor: "num exemplo, afigura-se claro que, no art. 1.910, do CC/ 2002 ('A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador'), 'ineficácia' está por 'invalidade'. Mas, em visão global, foi grande o progresso. No mesmo Título da disposição criticada tem-se prova convincente dele: basta confrontar o teor simples e preciso do art. 1.912, do CC/2002 ('É ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão') com a redação atécnica e tortuosa do dispositivo correspondente art. 1.678, do CC/1916 ('É nulo o legado de coisa alheia. Mas, se a coisa legada, não pertencendo ao testador, quando testou, se houver depois tornado sua, por qualquer título, terá efeito a disposição, como se sua fosse à coisa, ao tempo em que ele fez o testamento')" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, jul.-set./2003, versão eletrônica p. 3).

[119] Há outras. Marcos Bernardes de Mello aponta, por exemplo, a classificação de Emílio Betti em nulidades originária, superveniente e suspensa – mas refuta a aplicação dessas categorias no direito brasileiro, em que, para o autor toda nulidade seria originária (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118).

[120] FERREIRA, José do Valle. Subsídio para o estudo das nulidades. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 53, n. 341, mar./1964, versão eletrônica p. 1. Sobre a invalidade como "gênero de que são espécies a nulidade e a anulabilidade", Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42).

[121] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, jul.-set./2003, versão eletrônica p. 4.

O negócio nulo recebe sanção "mais enérgica, mais radical"[122]. Além dos casos especificamente previstos em lei (ou dos casos em que a lei proíbe a prática sem cominar sanção), a nulidade é a sanção para o descumprimento de requisitos referentes aos elementos de existência *agente* (quando absolutamente incapaz), *objeto* (*rectius*: conteúdo), *forma* ou, ainda, para quando o negócio contraria alguma *lei imperativa* (art. 166 do Código Civil); é também a sanção adotada para a prática de atos em situações especialmente graves, como a finalidade simulatória.

Já nos casos de anulabilidade, o negócio jurídico recebe sanção "mais branda, moderada"[123]. A anulabilidade, por opção legislativa, é a sanção para o descumprimento dos requisitos referentes aos elementos de existência *agente* (quando relativamente incapaz) e *circunstâncias da formação* da declaração, ou, ainda, em outros casos expressamente definidos em lei (art. 171 do Código Civil).

Uma das mais importantes diferenças entre nulidade e anulabilidade é o "modo pelo qual se dá efetividade à consequência do defeito": (*a*) a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, nos casos em que deve intervir, e deve ser pronunciada de ofício pelo juiz[124]; já a (*b*) anulabilidade só pode ser alegada por interessados, não pode ser pronunciada de ofício e não tem efeitos antes de sentença (ou seja, o ato anulável produz seus efeitos até ser declarado inválido)[125]. Além disso, como regra, as nulidades não se sujeitam a

---

[122] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 27.

[123] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 27.

[124] Salvo, na visão de Marcos Bernardes de Mello, no caso de decisões tomadas pela administração de pessoa jurídica contrárias à lei, em simulação ou fraude (art. 48, parágrafo único do Código Civil), que só poderiam ser alegadas por associados ou sócios (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116).

[125] Para Barbosa Moreira, "a mais importante" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, jul.-set./2003, versão eletrônica p. 4). Ainda, para sistematizar o estudo das consequências da nulidade e da anulabilidade, Marcos Bernardes de Mello traça um quadro comparativo, de onde se extrai que, quanto à (*a*) "*decretabilidade*", a nulidade é decretável de ofício (salvo a hipótese do art. 48, parágrafo único, do Código Civil, em que o juiz só pode decretar a nulidade por alegação de interessados), e a anulabilidade só é decretável por alegação dos interessados; (*b*) "*alegabilidade*", a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado e pelo Ministério Público (salvo nos casos em que apenas o interessado pode arguir, cf. art. 48, parágrafo único, do Código Civil) e a anulabilidade só pode ser alegada por interessados diretos na declaração de invalidade; (*c*) "*sanabilidade*", a nulidade é insanável (salvo constituição das pessoas jurídicas) e a invalidade é sempre sanável por confirmação; (*d*) "*prescritibilidade*", a nulidade é, em regra, imprescritível (salvo espécies de caducidade na própria lei, por exemplo, arts. 45 e 48 do Código Civil) e a anulabilidade sempre prescreve; (*e*) "*desconstituição do ato*", nos casos de nulidade a medida é desnecessária (salvo nos casos de registro ou pela natureza do ato, como a nulidade do casamento ou de constituição de pessoa jurídica) e a anulabilidade sempre requer provimento; (*f*) "*desconstituição dos efeitos*", nos casos de nulidade é desnecessária a medida, já que a eficácia do negócio nulo é apenas aparente, e nos casos de anulabilidade é sempre necessária, já que o negócio produz efeitos até a anulação; (*g*) "*eficácia*", a nulidade é

decadência, tampouco podem ser superadas por confirmação; já as anulabilidades convalescem com o tempo e podem ser sanadas mediante confirmação do ato.

De volta às classificações de invalidade (nulidade e anulabilidade, portanto), tem-se também que a invalidade pode ser *textual* (ou seja, referida em lei expressamente) ou *virtual* (que se depreende a partir da função da norma, implicitamente)[126].

Pode-se dividir as invalidades, ainda, em *total* (que compromete todo o negócio jurídico) ou *parcial* (que mantém válida a parte do negócio não atingida pela invalidade). Trata-se de derivação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, refletido no art. 184 do Código Civil[127]. Ao ordenamento é caro conservar o máximo de validade de um negócio jurídico; aproveitá-lo, portanto.

No testamento, a nulidade "em si alcança todas as suas cláusulas. Mas a nulidade de cláusulas pode restringir-se a estas, sem afetar o todo"[128]. No que dependesse da opinião de José Carlos Barbosa Moreira, esse princípio teria uma norma legal diretamente aplicável – uma vez que o art. 1.910 do Código Civil diz que a *ineficácia* de uma disposição testamentária não atinge disposições autônomas; o autor sugere, inclusive, trocar o termo "ineficácia" por "invalidade" na leitura do art. 1.910 do Código Civil[129].

Assim, a invalidade de uma disposição testamentária não importa em invalidade de outras disposições testamentárias que são independentes da disposição inválida.

Por fim, a invalidade pode ser *material* (substancial), ao violar norma de direito material, ou *formal* – ao violar norma sobre a forma do negócio jurídico. A relevância da distinção, diz Marco Bernardes de Mello, está na sanabilidade: a invalidade material seria

---

sempre ineficaz e a nulidade é eficaz até a anulação; e, por fim, (*h*) "*natureza da decisão*", em ambos os casos, parece ser constitutiva negativa (sendo, na anulabilidade, desconstitutiva do ato e seus efeitos) (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 314-315).

[126] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Forense: Rio de Janeiro: 2009, p. 424.

[127] A regra relembra o brocardo *utile per inutile non vitiatur* (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Forense: Rio de Janeiro: 2009, p. 424).

[128] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

[129] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, jul.-set./2003, versão eletrônica p. 3. Para José Fernando Simão também se deve ler "invalidade" no art. 1.910 do Código Civil: "A lei trata a questão sob a ótica da ineficácia, aqui entendida em sentido amplo, ou seja, também aplicada à nulidade" (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.505).

praticamente insanável, enquanto a formal poderia ser sanada com a repetição do ato ou sua confirmação (em caso de anulabilidade)[130].

Se as diferenças entre nulidade e anulabilidade – e as classificações das invalidades, no geral – são complexas, as diferenças entre a nulidade e a anulabilidade em matéria testamentária "são muito menos claras do que nos negócios em geral"[131].

A regra geral dos negócios jurídicos indica que são nulos os negócios (*a*) celebrados por pessoa absolutamente incapaz; (*b*) com objeto ilícito, impossível ou indeterminável; (*c*) cujo motivo determinante comum a ambas as partes é ilícito; (*d*) que não observem a forma prescrita em lei ou não cumpram alguma solenidade que a lei considere essencial; (*e*) celebrados com objetivo de fraudar lei imperativa; e, ainda, (*f*) nos casos em que a lei taxativamente declarar o negócio nulo ou proibir sua prática sem cominar sanção (art. 166 do Código Civil).

Na disciplina específica do testamento, o Código Civil exige certas formalidades sem as quais o negócio é expressamente nulo, conforme enunciado pelo art. 1.864, para o testamento público[132]; art. 1.868, para o testamento cerrado[133]; e art. 1.876, § 1º, para o testamento particular[134]. Também a incapacidade do testador é matéria de nulidade do testamento, não podendo testar os que não tiverem pleno discernimento no momento de fazê-lo e os menores de 16 anos (art. 1.860 do Código Civil).

Além isso, o art. 1.900 do Código Civil aponta *taxativamente* que, quanto às disposições testamentárias, são *nulas* as disposições que instituam herdeiro ou legatário (a) sob condição captatória; (b) que se refiram a, ou favoreçam, pessoa incerta; (c) que deixem a arbítrio de

---

[130] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 114-115.
[131] OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Testamento*: apontamentos. Coimbra: Reproset, [199?], p. 122.
[132] Diz o art. 1.864: "São requisitos essenciais do testamento público: I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos; II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma".
[133] Diz o art. 1.868: "O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades".
[134] Diz o art. 1.876, *caput* e §1º: "O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. § 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever".

terceiro fixar o valor do legado; ou que (d) favoreçam as pessoas não legitimadas a suceder (indicadas nos arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil).

São *anuláveis*, regra geral, os negócios (*a*) celebrados por agente relativamente incapaz; (*b*) aqueles cuja declaração é viciada por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores; e (*c*) os que a lei taxativamente declarar anuláveis (art. 171 do Código Civil).

Na disciplina específica do testamento, são anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação (art. 1.909 do Código Civil).

Diante dessas regras, pode-se concluir que o Direito brasileiro optou por adotar a técnica das *anulabilidades* para regular defeitos relativos à incapacidade relativa e às circunstâncias da formação da declaração testamentária (erro, dolo, coação); já a técnica das nulidades foi adotada para vícios relativos à inobservância da forma, à capacidade absoluta e para a *filtragem de seu conteúdo*.

Daí porque se pode dizer que há certa tensão entre a liberdade de testar e sua filtragem de conteúdo – que representa, em síntese, um exame de mérito das escolhas do testador.

Vezes há em que, para julgar inválida determinada disposição testamentária, os tribunais lançam um esforço (interpretativo e probatório) para chegar à *vontade real* do testador e notam motivações que ficam sujeitas a questionamentos sobre sua aceitação social. Por isso, diz Pontes de Miranda, "seriam erros todas as afirmações que pressupusessem julgamento a *priori* da validade das heranças e dos legados"[135].

Analisar a nulidade das disposições testamentárias é tarefa que passa pelas *circunstâncias* em que o testador declara sua vontade. E a filtragem de validade por vezes se encontra em uma linha tênue entre o exame da validade das declarações do testador e a inspeção de suas escolhas.

[135] Como exemplo, Pontes de Miranda narra o seguinte: "a verba diz: 'tenho um prédio em que está um bordel, sempre me rendeu bem, e, solteiro, sempre me doeu a sorte das inquilinas: com uma delas tive relações durante algum tempo, e por isto deixo-lhe o prédio, com o encargo de ser gratuito o aluguel de cada uma das que, no dia da minha morte, lá estiverem: pagará, enquanto lá permanecerem, a conta de casa de cada uma'. Pode ser condenável o *modus faciendi* de tal caridade. Mas a ofensa aos costumes não vai a ponto de produzir nulidade. É preciso atender às circunstâncias de vida de tal solteirão" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, pp. 44; 49-50).

1.4. A necessária distinção entre a nulidade do conteúdo do testamento e a valoração moral das escolhas do testador

> "*O perigo de ver um moralista vestido de juiz não é hipótese das mais atraentes para um jurista*"[136].

O exame do conteúdo do testamento, diante das circunstâncias em que proferido, não pode transbordar para uma análise *a posteriori* de sua adequação moral. Para isso é importante que o intérprete consiga se afastar da sua visão crítica moral para focar na análise da validade à luz das pautas traçadas pelo ordenamento[137].

Isso porque os litígios que tratam da validade do testamento tangenciam, inevitavelmente, uma discussão moral sobre as *preferências* do testador.

Não se nega que o ordenamento jurídico promove um controle *valorativo* das nulidades ao escolher as *hipóteses legais* de negócios jurídicos inválidos e o grau de invalidade, se nulos ou anuláveis[138] – por vezes adotando escolhas de natureza moral.

Reflexo contemporâneo dessa análise moral, por exemplo, está em o Código Civil insistir em proibir "o concubino do testador casado" de ser herdeiro ou legatário (art. 1.801, III, do Código Civil)[139].

Há casos, entretanto, em que os tribunais, embebidos de conceitos morais, partem para uma análise de *mérito* das escolhas do testador e invalidam o testamento às vezes por via

---

[136] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 109.

[137] Assim, "não se exigem aos negócios jurídicos a rigidez dos preceitos morais, em toda a extensão e sensibilidade: se assim o fora, o conteúdo do Direito e da Moral coincidiriam; um e outro teriam a mesma aplicação. [...] Nem isso, nos fatos, seria possível; nem o Direito o quer" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 49).

[138] Nas palavras de Eduardo Nunes de Souza, "esse juízo de valor que fundamenta as nulidades se encontra, contudo, há tanto tempo cristalizado na forma dos requisitos de validade legais que tais requisitos, aparentemente julgamentos sobre a estrutura do ato em si, passaram a dominar o raciocínio do intérprete e a fazer sombra sobre os próprios valores que o inspiraram. A impressão que se tem é a de que os atos inválidos são simplesmente inviáveis (em certo sentido, impossíveis) por força dos vícios que ostentam, quando essa inviabilidade decorre, na verdade, da consideração, pelo legislador, de que tais atos contrariam determinados valores do sistema" (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico*: nulidades e anulabilidades no Direito Civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 56). Mas essa escolha valorativa do legislador não autoriza o intérprete a aplicar seus critérios morais travestidos em hipóteses gerais de nulidade.

[139] Sobre o tema, cf. item 4.4 abaixo.

transversa, com justificativas de incapacidade do testador, ou de vícios do consentimento, por exemplo[140].

Demonstra-se episódio que permite extrair essa percepção, julgado em 1952 pelo TJSP. Tratava-se do testamento do empresário Atílio Ricotti, fundador da Metalúrgica Mar S/A. Atílio fora casado com Clédia Stortini, com quem teve um filho, Atílio Ricotti Júnior. Na parte disponível, o testamento ignorou completamente Clédia e Atílio Júnior. A beneficiária do testador era Clélia Vitorino D'Amélio, e a fortuna inteira somava mais de cinquenta milhões de cruzeiros (menos dois milhões de cruzeiros destinados à Sociedade Esportiva Palmeiras, clube antes dirigido por Atílio). Além desse legado, Atílio instituiu Clélia tutora de seu filho, Atílio Júnior.

Permita-se contextualizar, com palavras do acórdão respectivo: afastado de Clédia (mãe de Atílio Júnior), o testador teria seguido "vida desregrada, [e] veio a conhecer Clélia D'Amélio" com quem passou a coabitar – ela, inclusive, era companhia constante de Atílio, "presente durante as visitas que recebia o testador, como que montando sentinela às mesmas, e apenas trajada de camisola ou sobre esta um robe de chambre, chegando mesmo a deitar-se ao lado do enfermo e prodigalizar-lhe carícias"[141].

Alegou-se, então, captação da vontade do testador pela beneficiária. O caso contou com parecer de Francisco Campos pela *validade* das disposições de Atílio em favor de Clélia, pois o testador:

> *possuía, ainda, como narra a petição inicial, uma grande experiência da sedução feminina, havendo dedicado grande parte de sua vida ao convívio com mulheres de várias categorias, tanto as denominadas de vida fácil, como outras. Não é de se presumir, assim, que em poucos dias se houvesse despido das suas defesas naturais, já postas à prova tantas vezes e com tanto êxito, capitulando tão facilmente ao primeiro ataque de uma sedução, que já lhe deveria haver por várias vezes rondado a sua fortuna*[142].

[140] No entanto, o TJSP anulou o testamento por captação dolosa da vontade do testador. Nas palavras do Tribunal, a "enfermagem não passou de uma oportunidade para que ela legatária, amante que já era do testador, mais deste se aproximasse, e se aproveitasse do período de moléstia do mesmo, para, com seus encantos e afagos, dele conseguir o legado de imensa fortuna. [...] D. Clélia, mulher inteligente e viva, senhora das fraquezas de Ricotti, homem sugestionável, desde logo tratou de empregar, encastelada em sua beleza e sedução, os ardis conducentes a se constituir legatária do mesmo".

[141] TJSP, 5ª CC, AC nº 58.761, Rel. Des. Clóvis de Moraes Barros, v. u., j. 3.10.1952. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 206, pp. 154-163.

[142] CAMPOS, Francisco. Testamento. Captação – Quando invalida a disposição testamentária – Relações amorosas entre o testador e a legatária – Desvelo incomum desta para com aquele – Necessidade da existência de dolo para

No entanto, o TJSP anulou o testamento por captação dolosa da vontade do testador. Nas palavras do Tribunal:

> *a enfermagem não passou de uma oportunidade para que ela legatária, amante que já era do testador, mais deste se aproximasse, e se aproveitasse do período de moléstia do mesmo, para, com seus encantos e afagos, dele conseguir o legado de imensa fortuna.* [...] *D. Clélia, mulher inteligente e viva, senhora das fraquezas de Ricotti, homem sugestionável, desde logo tratou de empregar, encastelada em sua beleza e sedução, os ardis conducentes a se constituir legatária do mesmo.*

O caso Atílio Ricotti não deixa de despertar a especulação sobre até que ponto essa decisão do Tribunal envolveu uma convicção a respeito do vício da vontade do testador ou um juízo moral sobre o comportamento da legatária.

O que se pretende afastar neste trabalho, portanto, é o perigoso uso da técnica das nulidades das disposições testamentárias como suporte para uma análise moral de mérito das escolhas do testador. Não se deve permitir ao jurista esse recurso, pois, como já se alertou na doutrina:

> *Corre-se o risco de ver surgir a religião, ou, o que é pior, o preconceito religioso, sob a capa da moral*. [...] *Muito pior, porém não será essa invasão da religião, mas sim a possível invasão de ideologias substitutivas da religião. Será um risco muito grande o de ver surgir ideólogos, vestidos de juiz, a nos dizer quais os motivos que são, e quais os motivos que não são contrários aos bons costumes e à ordem pública*[143].

Para isso, há que se esforçar para separar o conteúdo moral do jurídico.

Sabe-se que o ato imoral não é, necessariamente, ato ilícito[144] – ainda que seja tênue, em alguns casos, a fronteira entre o ilícito e o imoral. Nas palavras de Pontes de Miranda:

---

caracterização do domínio da vontade [...]. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 197, pp. 40-41.

[143] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 109-110.

[144] A própria concepção de moral, por ser autônoma, não é facilmente determinada. Sobre a relação entre moral e direito, Caio Mário da Silva Pereira ensina que "[é] certo, porém, que o *princípio moral* envolve a norma jurídica, podendo-se dizer que, geralmente, a ação juridicamente condenável o é também pela moral, mas a coincidência não é absoluta. [...] Em razão da falta de justaposição dos campos de atuação, e pelo fato de não existir sempre a aprovação moral para a conduta juridicamente autorizada, distingue-se do conceito de liceidade o de moralidade, afirmando-se que a submissão à norma jurídica nem sempre indica a aprovação da regra moral" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 9).

> *Nem todo ato imoral faz nulo o negócio jurídico, por ilicitude; é preciso, para tal consequência, que a imoralidade mesma se cheque com a conduta e o pensamento dominantes: há grau de intensidade em que se revela o ilícito*[145].

E não se proíbe o ato imoral porque não se pode "pretender a pureza da vida, a perfeita correção moral das relações humanas"[146].

Nesse contexto, o respeito à vontade do testador deve conduzir ao respeito de algumas de suas escolhas, ainda que surpreendentes, ainda que moralmente não aceitas pelos herdeiros necessários. Não se pode, sob o manto da nulidade das disposições testamentárias, acobertar as tentativas de um reexame de mérito do querer do testador com base em parâmetros meramente morais.

Não é por outra razão que as disposições testamentárias moralmente reprováveis são *válidas*. Não há nada de jurídico que retire a validade de uma disposição somente por *suposta imoralidade* – nem mesmo os conceitos fluidos e indeterminados de bons costumes e ordem pública, objeto de exame específico nos itens 2.2.1 e 3.

Mesmo porque os critérios que apontam a moralidade são incontestavelmente relativos no tempo, no espaço e de intérprete a intérprete[147]. Uma breve lembrança histórica mostra que:

> *Se, ontem, mais ou menos protegidos do totalitarismo, anularam-se, em França, por motivo ilícito (imoral), a venda ou a locação de casas de tolerância, empréstimos para compra ou exploração da mesma atividade e, até mesmo, contratos de trabalho para a prestação de serviços nos mesmos locais, não é de se admirar que, amanhã, principalmente em países sem a mesma tradição popular libertária, a venda ou a locação de imóvel, para a sede de um partido político contrário ao governo, seja anulada, pela mesma razão, bem como empréstimos ou contratos de prestação de serviços nas mesmas condições*[148].

---

[145] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 241.

[146] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. I. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005, p. 167.

[147] Além disso, ainda que se possa cogitar de nulidade de disposições testamentárias *imorais*, conforme aponta Maria de Nazaré Lobato Guimarães ao tratar de condição imoral, deve-se considerar tal imoralidade "na sua relação com o negócio base. A moralidade ou imoralidade tem de ser apreciada em relação ao conjunto das disposições" (GUIMARÃES, Maria da Nazaré Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 13).

[148] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 109-110.

Por isso deve-se, inclusive, conferir "maior respeito às excentricidades do homem e, portanto, a garanti-lo contra as intervenções tendentes a deixá-lo conforme ao modelo das maiorias ou ao modelo proposto pelo poder político"[149].

Por outras palavras: imagine-se que um testador, fiel e romântico marido durante toda a vida, deixa em testamento toda a parte disponível para uma casa noturna de que (não se sabia até o momento da morte) ele era assíduo frequentador. Poderia alguém julgar reprovável tal frequência a um ambiente noturno. Do ponto de vista moral. Talvez se falasse em *excentricidade* do testador, mas *sem* repressões jurídicas.

Mantenha-se, portanto, separados os conceitos de moral e de invalidade, para que se possa estudar o *espaço de intervenção sobre o mérito das escolhas do testador* a partir do direito positivo, com as consequentes implicações da invalidade nas disposições testamentárias.

Esse espaço está espalhado em diferentes regras da nossa legislação civil. Não parece possível identificar uma razão única subjacente a todas as hipóteses – sequer a geografia legislativa. Por isso, de modo a facilitar a exposição de ideias, opta-se por dividir essa análise em três momentos distintos: (*a*) o primeiro é fundado nas regras gerais do regime do negócio jurídico, particularmente os arts. 123, 137 e 166 do Código Civil; (*b*) um segundo momento é examinar as hipóteses específicas que o Código Civil estabelece para invalidar disposições testamentárias, mediante os arts. 1.900, 1.848, 1.959 e 1.964 do Livro do Direito das Sucessões; e, no corredor entre esses dois espaços, em razão da novidade do tema, acredita-se que se deve (*c*) analisar o problema da validade das disposições discriminatórias ou contrárias à ordem pública, tema tão palpitante que merece capítulo próprio.

[149] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 162.

2. NULIDADES PREVISTAS NO REGIME GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO QUE SE APLICAM AO TESTAMENTO

Retome-se a lição de que o Código Civil prevê taxativamente, em sua Parte Geral (art. 166), as hipóteses de nulidade dos negócios jurídicos. Assim, são nulos os negócios jurídicos: (*a*) celebrados por pessoa absolutamente incapaz; (*b*) cujo *objeto* é ilícito, impossível ou indeterminável; (*c*) fundados em *motivo determinante* ilícito; (*d*) que não revestirem a forma prescrita em lei; (*d*) que preterirem as solenidades legais essenciais para sua validade; (*e*) cujo objetivo é fraudar lei imperativa; ou (*f*) que a lei taxativamente declarar nulos ou proibir a prática sem cominar sanção[150].

Somem-se a estas hipóteses os casos em que a lei declara nula a condição e o encargo (arts. 123 e 137 do Código Civil). Já o termo, outro elemento particular de existência do negócio, merece a seguinte ressalva em matéria de testamento: o art. 1.898 do Código Civil afirma que o testador não pode nomear *herdeiro* a termo; mais à frente, os arts. 1.923, § 2º, e seguintes tratam do legado a termo (ou prazo). Assim, o único cenário em que o testador pode prever termo é no legado[151]. E o art. 135 do Código Civil já aponta que se aplicam ao termo as regras da condição. Por isso, nas próximas linhas, estuda-se com maior atenção a aplicação de condições (cujas regras também se aplicam ao termo) e de encargos ao testamento.

Tratando-se de disposições testamentárias – do conteúdo do testamento, portanto –, afasta-se deste trabalho o estudo das nulidades em razão de ser o testador absolutamente incapaz, de o instrumento não revestir a forma prescrita em lei ou de o ato preterir as solenidades legais.

Diferentemente, as nulidades que a lei taxativamente declara ou que derivam da proibição da prática de ato sem a lei cominar sanção recaem sobre o conteúdo do testamento,

[150] Na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e referindo-se à aplicação das regras gerais do Código Civil aos testamentos: "são as seguintes hipóteses que acarretarão a nulidade absoluta de um certo testamento: a) incapacidade do testador; b) impossibilidade ou ilicitude do objeto; c) inobservância da forma prescrita por lei; d) designação expressa da lei [...]" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 374).

[151] Em Portugal, ao contrário, o art. 2243º permite que o testador fixe termo *inicial* para nomear legatário, mas proíbe que o testador determine termo final para nomear legatário. Também proíbe termo inicial ou final para nomear herdeiro, salvo em caso de instituição de usufruto (como direito temporário).

mas são matéria de estudo no capítulo 3, uma vez que são nulidades *específicas* das disposições testamentárias.

Assim, neste capítulo o foco se ajusta sobre as nulidades que atingem as disposições do testamento seja porque refletem (*a*) objeto (*rectius*: conteúdo) ilícito, impossível ou indeterminável; (*b*) condição ilícita, impossível ou contraditória; (*c*) motivo ilícito; e (*d*) encargo ilícito ou impossível – e tudo isso independentemente de as disposições serem patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Inicia-se pelo objeto das disposições testamentárias.

2.1. Nulidade da disposição testamentária cujo objeto é ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável

Sabe-se que o objeto é elemento de existência do negócio jurídico e que se adota, como premissa deste trabalho, a diferença entre objeto e conteúdo. Relembre-se, então, que o objeto do testamento é a *própria transmissão* de bens, direitos ou pretensões do testador, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais[152].

Essa transmissão deve ser lícita, possível, determinada ou, ao menos, determinável. Ao contrário, são nulas as disposições testamentárias cujo objeto é ilícito, impossível ou indeterminável.

Em termos gerais, o objeto do testamento (ou das disposições testamentárias) é *ilícito* quando contraria a lei[153]; por outras palavras, o objeto do testamento deve estar de acordo com a lei. Haveria objeto ilícito, por exemplo, em um legado de "quota num negócio de contrabando", por contrariar o disposto no art. 180 do Código Penal[154].

---

[152] Para Carlos Alberto da Mota Pinto, o objeto do negócio jurídico divide-se, ainda, em objeto imediato (ou conteúdo) – os efeitos jurídicos esperados – e objeto mediato (ou objeto *stricto sensu*) – "o *quid* sobre que incidem os efeitos do negócio" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 553). Ao contrário, Guilherme Nitschke discorda da doutrina que, nos contratos, entende pela divisão do objeto em imediato (prestação) e mediato (coisa), pois (*a*) a prestação nem sempre se especializará em uma coisa; (*b*) a coisa é objeto da prestação; e (*c*) o objeto do contrato é sempre uma prestação (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *"Integração" de lacunas contratuais*: em busca de um método. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 212).

[153] AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48. Por isso, vedado ao testador legar produto de crime, por exemplo.

[154] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 187. O exemplo de Rabindranath Capelo de Souza foi adaptado ao nosso sistema penal. O art. 180 do Código Penal tipifica o crime de receptação, cominando com pena aquele que: "[a]dquirir, receber, transportar,

O objeto também não pode ser física ou juridicamente *impossível*[155]. A impossibilidade física vai "contra a realidade dos fatos"[156] e a jurídica trata de "bem ou prestação sobre os quais não permite a lei que os particulares transacionem"[157]. Objeto impossível física ou juridicamente ao testador, portanto, é aquele que, por sua natureza, não se pode transmitir a terceiros[158], como, por exemplo, o estado civil ou outras condições pessoais do testador[159].

Também é nulo o testamento cujo objeto é *indeterminado* ou *indeterminável*. Essa proibição diz respeito à individualização dos bens, direitos ou pretensões do testador. Exige-se precisão das disposições testamentárias, já que, na ausência do testador, o testamenteiro e os herdeiros ou legatários precisam saber exatamente o que fazer[160].

Preferencialmente, o testador deve descrever minuciosamente o objeto testado e qualquer pessoa deve poder identificar o objeto facilmente[161].

Mas a lei autoriza que o objeto seja determinável, ou seja, indicado pelo gênero. Nesse caso, cabe ao herdeiro ou legatário do testador, a terceiros ou ao juiz individualizar o objeto[162],

---

conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte".

[155] A impossibilidade não pode ser absoluta, ou seja, "irrealizável por qualquer pessoa, ou insuscetível de determinação" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 409).

[156] AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

[157] GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 288.

[158] Diferentemente, se há discussão quanto à propriedade do bem, a questão é de eficácia, não de validade. Diz o art. 1.912 do Código Civil que é "ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão".

[159] Na lição de Pontes de Miranda, é impossível, por exemplo, transmitir-se por testamento a nacionalidade do testador faltando para o "beneficiado pressuposto para a [sua] aquisição" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 122).

[160] Imaginemos que o testador indique apenas que deixa ao seu sobrinho um de seus bens, sem indicar sua natureza ou herdeiro para especificá-lo.

[161] Recomenda-se, para isso, que o testador seja exaustivo na descrição de seus bens. Entende-se que há bens difíceis de descrever e que há impedimento legal de anexar imagens ao testamento. Uma alternativa seria elaborar ata notarial, anterior ao testamento, com descrição do acervo que se quer detalhar, incluindo imagens. Posteriormente, o testador deve descrever o acervo, ao máximo de detalhes, no testamento e mencionar, apenas como complemento de características, a ata notarial já realizada antes do testamento. Dessa forma, pensamos, pode-se evitar dúvidas. Mas, ressalte-se, a ata notarial não tem o mesmo reconhecimento do testamento e não prevalece sobre o negócio jurídico solene.

[162] Código Civil, art. 1.930. Tratando-se da escolha feita pelo legatário, o art. 1.931 dispõe que: "Se a opção foi deixada ao legatário, este poderá escolher, do gênero determinado, a melhor coisa que houver na herança; e, se nesta não existir coisa de tal gênero, dar-lhe-á de outra congênere o herdeiro, observada a disposição na última parte do art. 1.929". Um exemplo de objeto determinável é a deixa que institui legatário de uma das joias do testador, sem maiores detalhes.

"guardando o meio-termo entre [as coisas] as congêneres da melhor e pior qualidade" (art. 1.929 do Código Civil).

Ressalte-se que não é indeterminado ou indeterminável o testamento que indica a participação de herdeiros e legatários em porcentagem ou em fração. Tais objetos são determináveis por operação aritmética e extraídos a partir de um conjunto de bens identificados (que pode ser, inclusive, todo o acervo de bens e direitos do testador).

Há casos específicos em que o Código Civil proíbe a vagueza do testador e declara nula a cláusula testamentária que contempla pessoa incerta ou que deixa a terceiro fixar o valor do legado (art. 1.900, II a IV). Essas nulidades específicas são tratadas no item 4 adiante.

2.2. Nulidade da disposição testamentária que impõe condição ilícita ou impossível

Outra hipótese de nulidade das disposições testamentárias – que também se aplica à nulidade de outros negócios jurídicos, desde a Parte Geral do Código Civil – é a de o testador prever condição ilícita ou impossível.

A condição é uma cláusula desenhada pelo agente para modular o negócio jurídico ao vincular a eficácia (que o agente deseja) a evento futuro e incerto[163]. Trata-se de elemento particular de existência do negócio jurídico que – junto ao termo e ao encargo – por vezes se convencionou chamar de *elementos acidentais* ou de *cláusulas acessórias*[164]. Por sua relevância, vale traçar breve síntese das feições dogmáticas da condição e, depois, as particularidades da condição nas disposições testamentárias.

Costuma-se classificar a condição em (*a*) suspensiva ou resolutiva; (*b*) causal, potestativa ou mista; (*c*) possível ou impossível; (*d*) compreensível ou contraditória; e (*e*) lícita ou ilícita, por exemplo.

---

[163] Tem como elementos, portanto, a voluntariedade, a futuridade, a incerteza e o efeito condicionável. Destaque-se que o evento desenhado pelo agente para gerar o efeito condicionável não pode ser um elemento de existência inderrogável do negócio jurídico, salvo se houver uma limitação temporal a respeito. Em outras palavras, o agente não pode prever um evento como condição se esse evento for elemento imprescindível de existência do negócio jurídico, mas pode fazê-lo se adicionar a esse evento um ato de autonomia (por exemplo, o termo). Note-se também que um evento passado ou presente pode ser admitido como condição caso a condição seja, em verdade, a confirmação desse evento. É o exemplo da absolvição de um crime já cometido. A respeito, confira-se: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017.

[164] AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003, p. 114.

A condição *suspensiva* é elemento que subordina o início da eficácia do negócio a evento futuro e incerto; a *resolutiva* subordina o término de eficácia do negócio a evento futuro e incerto. Na condição suspensiva, portanto, enquanto não ocorrer o evento condicionante, o negócio é válido, mas ineficaz[165]; na condição resolutiva, enquanto não ocorrer o evento condicionante, o negócio é válido e eficaz, mas, se ocorrer o evento condicionante, "[h]averá, então, ineficácia superveniente"[166].

Em caso de dúvida – se a condição é suspensiva ou resolutiva –, a doutrina diverge na abordagem[167]. Há quem entenda que se deve chegar ao resultado desejado pelo agente por interpretação, mas, se isso não for possível, deve-se presumir que a condição é resolutiva (nos casos em que já se iniciou a execução do negócio) ou suspensiva (nos casos em que ainda não se iniciou a execução do negócio).

A relevância da distinção entre condição suspensiva e resolutiva está não só em determinar o momento de eficácia do negócio, mas também para modular a ocorrência de eventual nulidade. Isso porque apenas a impossibilidade de condições *suspensivas* invalida o negócio que subordinam, por exemplo (art. 123 do Código Civil); enquanto as condições *resolutivas* impossíveis são tidas por inexistentes e o negócio atinge eficácia plena (art. 124 do Código Civil).

No testamento, destaque-se que se a condição for suspensiva e o beneficiário falecer antes de seu implemento, caduca a disposição sem transmissão aos herdeiros do beneficiário – não se trata, pois, de questão de validade, mas de eficácia[168].

Outra classificação que recebe contornos interessantes no testamento e merece ser tratada separadamente é a diferença entre condição *causal*, *potestativa* e *mista*. Causal é a condição que subordina o evento ao acaso ou à declaração de vontade de um terceiro. Potestativa é a condição cujo implemento depende da vontade das partes; pode, ainda, ser simplesmente potestativa (depende também de outro acontecimento que escapa ao agente) ou

[165] Ela "dá azo a um período de pendência no qual vigoram efeitos secundários que visam a, de modo geral, tutelar o crédito condicional" (MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 59).
[166] AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 55; 60-61.
[167] Também já se levantou a dúvida entre condição e encargo. Neste caso, Orlando Gomes aconselha privilegiar-se a qualificação como encargo, mais benéfico ao herdeiro ou legatário (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 167).
[168] VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 120.

puramente potestativa (que se vincula ao puro arbítrio do agente). As puramente potestativas são condições que dependem "do mero querer, da prática de um ato corriqueiro e irrelevante, do puro alvedrio de uma das partes [...] se quiser; se me aprouver; se levantar o braço; se me vestir de preto"[169]. Mista é a condição que subordina o negócio a evento fruto do acaso e também da vontade das partes. Exemplo de condição causal é a obtenção de determinada licença junto à administração pública para se perfazer uma venda e de condição mista é o número mínimo de alunos matriculados em determinado curso para ele ser oferecido (o que depende da vontade da instituição em receber os alunos e da vontade de alunos em participar do curso)[170].

Regra geral, portanto, são nulas apenas as condições puramente potestativas (quando suspensivas) e válidas as simplesmente potestativas, causais e mistas[171]. No testamento, parece difícil visualizar uma condição puramente potestativa (p. ex. "se eu, testador, quiser"), já que o único agente do negócio jurídico é o testador e, quando o negócio testamentário é eficaz, o testador não está mais presente para implementar a condição com nova declaração de vontade (o evento futuro e incerto). Para Pontes de Miranda, são nulas as condições "valerá o testamento, se minha mulher quiser" ou "se ela [a mulher] o aprovar antes de morrer"[172]. A condição puramente potestativa, portanto, não se implementa.

Sabe-se que o herdeiro ou legatário não é parte do negócio jurídico, em que o único agente é o testador. Mesmo assim, ainda que se alargasse a condição potestativa para permitir ao beneficiário da disposição agir com potestatividade (p. ex. "se o beneficiário quiser"), ainda persiste a dificuldade em visualizar condição puramente potestativa no testamento: ora, o arbítrio do beneficiário em aceitar ou dispensar a disposição testamentária é ato formal de aceitação ou renúncia, com consequências já tipificadas em lei (arts. 1.804 e seguintes do Código Civil).

Também as condições causais parecem se destacar da regra geral sobre a validade dos negócios e receber contornos próprios no testamento. Isso porque existe regra específica que declara a nulidade nos casos em que um terceiro deve decidir sobre quem deve ser herdeiro ou

[169] VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 26.
[170] MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 70.
[171] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 352.
[172] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 61.

legatário, ou sobre a quantidade de patrimônio que herdeiro ou legatário vai receber (art. 1.900, II, III e IV, do Código Civil).

A condição também pode ser *possível* ou *impossível* física ou juridicamente. São impossíveis fisicamente as condições que desafiam as leis da natureza (é o clássico exemplo de recolher toda a areia de uma extensa praia); e são juridicamente impossíveis as que desafiam as regras de realização de atos jurídicos (também conhecido exemplo de uma criança de 12 anos ser considerada maior de idade)[173].

As condições também podem ser *lícitas* ou *ilícitas*. São lícitas as que subordinam o negócio a evento que não contraria a lei, a ordem pública e os bons costumes (art. 122 do Código Civil). A diferença entre condição ilícita e juridicamente impossível é que a ilícita contraria disposição de lei, enquanto a juridicamente impossível não pode ser alcançada em observância à lei.

Por fim, a condição pode ser *compreensível* ou *contraditória*. São contraditórias as condições cujo implemento é resultado de incompatibilidade lógica entre dois eventos condicionantes (art. 123, III, do Código Civil)[174].

Em resumo, ao que interessa no estudo das condições nulas[175], (*a*) somente as condições suspensivas impossíveis, ilícitas ou contraditórias são nulas; (*b*) não se visualiza condição

[173] MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 62.

[174] É o exemplo, que Zeno Veloso remonta aos romanos, da seguinte condição: "se Tício for herdeiro, Seio será herdeiro; se Seio for herdeiro, Tício será herdeiro" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 24). Perceba-se que a condição contraditória é também (e para usar mais um elemento de classificação das condições) conjuntiva, pois prevê dois eventos condicionantes contraditórios.

[175] Há inúmeras outras classificações das condições, tais como: (*a*) positiva e negativa; (*b*) expressa e implícita ou tácita; (*c*) única, conjuntiva e disjuntiva; e (*d*) total e parcial. As condições positivas exigem que ocorra um fato; as condições negativas, que não ocorra um fato. Num exemplo: se elegerem um presidente diferente do atual na próxima eleição (positiva); se não elegerem um presidente diferente do atual na próxima eleição (negativa). São *expressas* as condições declaradas pelo agente e *implícitas* (ou tácitas) as que se depreendem do contexto da declaração do agente. Seria tácita, por exemplo, a condição de que ocorra determinado evento pensado pelas partes em reunião anterior à assinatura do contrato (MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 80). Não parece correto reconhecer condição tácita em testamento, já que, neste contexto, em regra, as circunstâncias da declaração do testador devem servir apenas para interpretar o negócio, não para limitar as disposições. Em um único negócio jurídico (ou uma única cláusula do negócio) pode haver uma ou várias condições. Diz-se, então, que a condição pode ser única, quando há apenas um evento para que o implemento da condição; conjuntiva, mais de um evento de forma cumulativa para que o implemento da condição; e disjuntiva, mais de um evento, bastando que um dos eventos ocorra. Nos casos de redação vacilante, se há dúvida entre condição conjuntiva ou disjuntiva, a doutrina aponta que se deve ler a condição como conjuntiva (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 58). A condição pode, ainda, subordinar os efeitos de todo negócio jurídico ao evento futuro e incerto (total) ou apenas parte do negócio jurídico (parcial). Registra-se que as cláusulas testamentárias apenas suportam condição total se o testador tratar exclusivamente da parte disponível de seu

puramente potestativa no testamento; (*c*) são nulas as condições ilícitas, impossíveis (física ou juridicamente) e contraditórias; e (*d*) a impossibilidade de condição suspensiva invalida a deixa testamentária que subordina, ao passo que a condição resolutiva impossível tem-se por não escrita e, com isso, não afeta a deixa.

A respeito desse último ponto, vale destacar a opinião de Orlando Gomes e de Caio Mário da Silva Pereira no sentido de que, nos testamentos, as condições suspensivas impossíveis ou ilícitas não invalidam toda a cláusula[176]. Para os autores, declara-se nula a condição, mas o patrimônio se transmite ao herdeiro ou legatário, como se a condição não estivesse escrita[177].

Ao contrário, Maria da Nazareth Lobato Guimarães discorda da exceção à regra geral das condições ilícitas e impossíveis nos testamentos. Para a autora, tanto as condições ilícitas (ou imorais) quanto as condições impossíveis devem invalidar *toda a cláusula*[178]. Em relação às condições impossíveis, em especial, a autora repele as alegações que por vezes se fazem de que o testador estaria a brincar com o herdeiro ou legatário, motivo pelo qual a condição não seria séria, e afirma que "dizer que o disponente inseriu conscientemente uma condição

patrimônio, já que "não se pode apor o *modus* patrimonial às porções legítimas necessárias" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 339).

[176] GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 164. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, "[t]endo, porém, em vista o propósito de aproveitar ao máximo as disposições testamentárias (*in favore testamenti*), a impossibilidade e a iliceidade da cláusula têm efeito meramente negativo, considerando-se em tais casos como não escrita, sem contaminar o ato, no pressuposto de que a intenção do testador ao nomear herdeiro ou legatário independia da *conditio*" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 244).

[177] Os fundamentos da chamada regra sabiniana (*conditio vitiatur sed non vitiat*) no testamento são algumas diferenças que o negócio *mortis causa* sugere como, por exemplo, o princípio da preservação da vontade do testador e a presunção de que se o testador conhecesse a nulidade ele teria reformulado o negócio (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 34).

[178] Em síntese, "se num negócio condicionado se anula a condição, nada se pode salvar da declaração de vontade, que foi, toda inteira, atingida pela anulação. Não há uma manifestação de vontade constante duma disposição duma condição. A vontade de disposição existirá ou não, poderá ou não produzir efeitos na dependência do acontecimento da condição. A condição não é causa, no sentido de origem dos efeitos jurídicos (causa, neste sentido, só a lei e o Estado pode ser), mas é a manifestação necessária e suficiente para que o Estado, em obediência à vontade das partes, faça surgir esses efeitos de direito. Os particulares, que fizeram uma declaração condicional, pediram, em síntese, ao Estado, que, ao verificar-se ou não verificar-se de certo acontecimento futuro e incerto, atribua a produção de efeitos de direito. Se a lei ou a natureza impediram a verificação desse fato condição, visado pelas partes na sua manifestação de vontade, o Estado fica, *ipso facto*, impedido de fazer surgir quaisquer efeitos jurídicos" (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 48).

impossível querendo brincar, e que, portanto, deve ser castigado por não observar a compostura devida em ato tão sério, parece-me argumentação sem base"[179].

Para um estudo mais detalhado das controvérsias e da casuística em matéria testamentária, optou-se por destacar nos itens abaixo o exame das condições ilícitas, impossíveis e contraditórias.

2.2.1. Nulidade da condição contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes

"*Condição conforme os bons costumes? Estranhos costumes!*"[180].

Como se adiantou, diz-se ilícita a condição que subordina a eficácia do negócio à prática de ato contrário a lei, à ordem pública ou aos bons costumes, sob pena de invalidade (arts. 122 e 123, II, do Código Civil). Por consequência, são inválidas as condições apostas em testamentos que contrariem qualquer um desses parâmetros.

A bem dizer, a condição contrária a lei[181] abarca, em sentido amplo, outras infrações a leis além de crimes propriamente ditos[182]. Para ilustrar, imagine-se que o testador determina a condição de o legatário ter que "viajar de carro de Barcelona a Madrid em menos de duas horas" para ser beneficiado com a deixa. Essa condição é "ilícita porque implementá-la exige que a pessoa [o legatário] exceda severamente o limite de velocidade"[183].

---

[179] GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 38.

[180] A frase é de Maria de Nazareth Lobato Guimarães ao comentar a condição de se casar com determinada pessoa.

[181] Para Caio Mário da Silva Pereira e Carvalho Santos também são ilícitas as condições de *não praticar* ato ilícito. Nas palavras do autor: "tão vedada é a condição ilícita, quanto a de não fazer coisa ilícita. É tão repugnante ao direito dizer 'dar-te-ei 1000 se matares' como falar 'dar-te-ei 1000 se não matares'. Tão contrária à lei é sujeitar o negócio a um delito (*si homicidum feceris*), como a não o cometer (*si homicidium non feceris*), pois que a abstenção de proceder ilicitamente é um dever primário. Não se coaduna com a ordem jurídica que o negócio jurídico esteja subordinado a não cometer alguém um crime" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 479). Sobre o tema, confira-se também: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 44.

[182] A observação terminológica é de Esteve Bosch Capdevila, ao tratar do direito catalão: "o termo 'atos ilícitos' não se refere apenas a crimes, mas também a infrações diretas e indiretas da lei" (tradução livre). No original: "*the term 'unlawful acts' does not only refer to crimes, but also to direct and indirect infractions of the law*" (CAPDEVILA, Esteve Bosch. Testamentary freedom and its limits. In: ANDERSON, Miriam; ARROYO I AMAYUELAS, Esther. *The law of sucession*: testamentary freedom. Groeningen: Europa Law Publishing, 2011, p. 84).

[183] Em tradução livre. No original: "*if a condition states that someone has to travel by car from Barcelona to Madrid in less than two hours , this condition may be considered unlawful because to fulfil it would require that person to seriously exceed the speed limit*" (CAPDEVILA, Esteve Bosch. Testamentary freedom and its limits. In: ANDERSON, Miriam; ARROYO I AMAYUELAS, Esther. *The law of sucession*: testamentary freedom. Groeningen: Europa Law Publishing, 2011, p. 84). Em outro exemplo, Maria de Nazareth Lobato Guimarães

A ilicitude de que trata o evento condicionante é a prática de ilícito pelo agente vinculado à condição. No caso do testamento, portanto, o beneficiário é quem teria de praticar o evento ilícito. É dizer: a condição é válida se o evento condicionante é um ato ilícito que não depende do beneficiário do testamento, ou seja, se a prática de ato ilícito é prevista como condição causal, sem qualquer estímulo ao ato por parte do testador, aposta como hipótese de algum terceiro, sem vínculos com o beneficiário, cometê-lo[184].

A tarefa de avaliar a ilicitude das condições não é simples, pois nem todas as ilicitudes decorrem de texto expresso da lei brasileira. Veja-se, por exemplo, o caso de Portugal, em que o art. 2233º do Código Civil, de forma taxativa[185], indica que são ilícitas – e, por isso, inaplicáveis (art. 2230º) – as condições de casar, de não casar e as que diminuam liberdades como as de:

> *residir ou não residir em certo prédio ou local, de conviver ou não conviver com certa pessoa, de não fazer testamento, de não transmitir a determinada pessoa os bens deixados ou de os não partilhar ou dividir, de não requerer inventário, de tomar ou deixar de tomar o estado eclesiástico ou determinada profissão e as cláusulas semelhantes.*

A partir do mesmo artigo 2233º do Código português, o testador pode estabelecer usufruto ou prestações periódicas ao legatário enquanto este permanecer solteiro ou viúvo.

Luís A. Carvalho Fernandes estende essa possibilidade às demais condições ilícitas, verificado o contexto, como, por exemplo, a condição de continuar determinado estudo religioso[186].

Já para o direito catalão, Esteve Bosch Capdevila entende que, embora a Constituição espanhola reconheça os direitos fundamentais de liberdade religiosa e de matrimônio, por

aponta a condição de impedir o exercício do direito de voto (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 7).

[184] Ou seja, a condição de deixar um carro para João se o carro de Maria for furtado é válida se o furto não for atribuível a João (é o exemplo de MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 68). No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 350.

[185] LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 369.

[186] FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direito das sucessões*. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris?, 2012, p. 521.

exemplo, as condições de aderir a certo partido político, seguir uma religião, casar ou morar em determinada cidade devem ser válidas, como regra geral[187].

Questão ainda mais sinuosa é a das condições ditas contrárias à ordem pública e aos bons costumes[188]. As condições contrárias à ordem pública são aquelas que vinculam a eficácia do negócio a evento contrário aos "princípios que regem as relações entre particulares com repercussão na vida coletiva"[189]. Exemplo de condição em ofensa à ordem pública seria a de se

[187] Em tradução livre: "se a Constituição espanhola reconhece como um direito fundamental, dentre outros, o direito à liberdade ideológica e religiosa (art. 16), ou o direito de escolher livremente um local de residência (art. 19), e se o art. 32.1 estabelece que homens e mulheres têm o direito de se casar em total situação de igualdade, então pode-se considerar que a noção de ordem pública foi violada se uma condição exigir que um indivíduo entre em um determinado partido político ou siga uma religião em particular, ou more ou não more em uma cidade específica, ou se case ou não. No entanto, por várias razões, acredito que, como regra geral, essas condições devem ser consideradas válidas. Primeiro, não está absolutamente claro que o respeito pelos direitos e liberdades individuais deve ser não apenas vertical (do Estado para o cidadão), mas também horizontal (nas relações entre os cidadãos), particularmente neste caso, onde os indivíduos são considerados iguais (não estamos lidando com o relacionamento entre empregador e empregado, por exemplo). Segundo, frequentemente haverá um motivo legítimo ou respeitável levando o testador a definir a condição; e, de qualquer forma, mesmo que não fosse assim, acredito que a existência ou não de um motivo legítimo não é motivo para investigação. Por exemplo, se o testador impuser uma condição que exija que o legatário deixe de ser membro de um partido político em particular, tal condição poderá ser fundamentada na crença de que essa é a melhor coisa para o legatário, sem a intenção de prejudicar ou restringir sua liberdade. Em terceiro lugar, o beneficiário não é obrigado a fazer nada. De fato, ele ou ela sempre pode recusar o presente. Por outro lado, devemos lembrar que proibições devem ser interpretadas restritivamente". No original: "*if the Spanish Constitution recognizes as a fundamental right, among others, the right to ideological and religious freedom (art. 16), or the right to freely choose a place of residence (art. 19), and if art. 32.1 establishes that men and women have the right to enter into marriage with full legal equality, then it may be considered that the notion of public order has been contravened if a condition requires an individual to join a certain political party, or follow a particular religion, or to live or not to live in a particular city, or to marry or not marry. Nevertheless, for various reasons I believe that as a general rule these conditions must be regarded as valid. First, it is not at all clear that respect for individual rights and liberties should be not only vertical (from the State towards the citizen), but also horizontal (in relations between citizens), particularly in this case, where the individuals are regarded as equals (we are not dealing with the relationship between an employer and an employee, for example). Second, there will often be a legitimate or respectable motive leading the testator to set the condition; and in any case, even if this were not so, I believe that whether or not there is a legitimate motive is not a matter for investigation. For example, if the testator imposes a condition that requires the legatee to cease being a member of a particular political party, such a condition may be founded on the belief that this is the best thing for the legatee, without there being any intention to harm him or her or restrict his or her freedom. Third, the beneficiary is not obliged to do anything. In fact, he or she can always disclaim the gift. On the other hand, we must remember that prohibitions must be interpreted restrictively*" (CAPDEVILA, Esteve Bosch. Testamentary freedom and its limits. In: ANDERSON, Miriam; ARROYO I AMAYUELAS, Esther. *The law of sucession*: testamentary freedom. Groeningen: Europa Law Publishing, 2011, p. 85).

[188] A questão é sinuosa por duas razões: os conceitos de ordem pública e bons costumes são imprecisos e os exemplos de condutas, mutáveis. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, "a contrariedade à ordem pública e aos bons costumes dependem da conceituação de uma ou de outra, que, por não encontrarem parâmetros legais, estão na dependência do que doutrinariamente se conceitua, e da apuração em cada caso" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Comentários ao Código Civil de 2002*. Vol. I. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 127).

[189] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Comentários ao Código Civil de 2002*. Vol. I. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 127.

exigir do beneficiário o constrangimento de "andar nu nas ruas da cidade"[190] para fazer jus à deixa.

Por sua vez, as condições contrárias aos bons costumes vinculam a eficácia do negócio a eventos contrários às "ideias e convicções morais predominantes numa determinada sociedade"[191]. Exemplo de condição que afronta os bons costumes seria a de impor ao beneficiário ""viver na ociosidade"[192].

A linha que separa as condições ilícitas, contrárias à ordem pública e aos bons costumes não é clara e o exame da jurisprudência mostra que não há critério preciso a separar, na prática, o que representa cada um desses critérios. Além disso, como bem aponta Maria de Nazareth Lobato Guimarães, o intérprete deve analisar a ofensa aos bons costumes com base nos costumes de determinada época[193]. O que tampouco é tarefa simples[194].

---

[190] AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003, p. 125.

[191] LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 151. Para Caio Mário da Silva Pereira, bons costumes "são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, sujeitando-se a variações de época e de lugar" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Comentários ao Código Civil de 2002*. Vol. I. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 127). A V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no enunciado nº 413, destacou a natureza dos bons costumes, sendo a "natureza subjetiva destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva". A redação do enunciado, entretanto, "é criticável, pois além de aproximar dois institutos diversos (função social e boa-fé objetiva) mantém a posição tradicional de vinculação entre bons costumes e moralidade. Melhor sorte atenderia às finalidades do art. 187 [do Código Civil] se 'bons costumes' fossem equiparados às boas práticas cominadas aos diversos setores da atividade profissional – como, por exemplo, boas práticas médicas, de engenharia e de advocacia, bem como em regras de *soft law*, ou ainda em códigos de conduta, tais como os integrantes da chamada 'governança corporativa'" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 614). Ainda sobre a apontada moralidade no conceito de bons costumes, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro esclarece que "não se trata de ligar os bons costumes unicamente aos costumes de uma determinada sociedade, justamente porque os costumes sociais, muitas vezes, não encontram amparo na Constituição [...]. [T]endo em vista a elasticidade do conceito de bons costumes em virtude da época e da sociedade no qual se insere, o preenchimento desta cláusula deve encontrar limites na *moralidade constitucional*, exigência inafastável de uma democracia pluralista como é o caso da brasileira" (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 178).

[192] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: direito das sucessões. Vol. VI. 37ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 163.

[193] GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 15.

[194] Note-se, a propósito, que o exemplo de Rabindranath Capelo de Souza sobre uma condição contrária à ordem pública é o da condição que obriga o legatário a protestar todos os dias durante duas horas na frente de uma embaixada (CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 214). Curiosamente, esse exemplo não se distancia em muito da prática que consagrou a ativista Greta Thunberg como expoente nos últimos anos, o que mostra que a avaliação social dos comportamentos nem sempre é unânime, tampouco estanque no tempo.

Ainda assim, é possível notar um catálogo de condições que costumam gerar discussões sobre essas pautas, notadamente as condições que limitam liberdades individuais do beneficiário do testamento – tais como as que impõem estado civil[195], religião, profissão[196] ou domicílio[197]. Cumpre analisar algumas delas.

2.2.1.1. As condições de o beneficiário se casar ou de não se casar

As condições de casar ou não casar há décadas perturbam estudiosos[198] e há séculos, os escritores.

Veja-se, por exemplo, o dilema proposto por Miguel de Cervantes ao narrar o testamento deixado por Dom Quixote de La Mancha. Um tanto incomodado com o rumo de sua narrativa, Dom Quixote contempla a sobrinha Antônia com uma fazenda, mas impõe a condição de que Antônia não se case com um homem que saiba "o que vem a ser livros de cavalaria"[199].

---

[195] Assim, Carlos Alberta da Mota Pinto relembra um acórdão do STJ português de 1966 em que se afirma que "'o casamento, o divórcio, a separação são actos sérios, ligados ao estado das pessoas, que não podem ser objeto de especulações mercantis' e que 'não podem ser negociados a troco de dinheiros'" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 558).

[196] Carvalho Santos é da opinião de que as condições que determinam a profissão do beneficiário são ilícitas, salvo se a condição for de não abraçar uma profissão "desonesta" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado.* Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, pp. 30-31). Já Pontes de Miranda entende que a disposição não é inválida se havia dúvida do beneficiário na escolha da profissão ou, ainda, se o benefício testamentário "é menos uma aliciação a prêmio do que o necessário para o caso de ser escolhida a profissão" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 112).

[197] Carvalho Santos aponta que "a maioria dos escritores sustenta [...] que pode ser lícita a condição, tudo dependendo dos motivos que levaram o disponente à obrigação de fixar a residência em determinado lugar" ou a não fixar residência em determinado lugar. O autor, entretanto, discorda dessa opinião e entende que a condição é ilícita, pois atenta contra um dos mais sagrados direitos – ainda que a condição seja de residir no imóvel legado (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado.* Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, pp. 29-30).

[198] O Código Civil italiano reputa ilícita a condição que impede o casamento (art. 636), mas Francesco Degni chega a relativizar este preceito e afirmar que em determinadas circunstâncias a condição pode ser válida, como, por exemplo, a condição de não se casar com determinada pessoa (DEGNI, Francesco. *Lezioni di diritto civile*: la successione a causa di morte. Vol. II. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1936, p. 105).

[199] A disposição de Dom Quixote para a sobrinha é a seguinte: "deixo toda a minha fazenda, de portas a dentro, a Antônia Quijana, minha sobrinha, que está presente, tirando-se primeiro, do mais bem parado dessa fazenda, o que for mister para cumprir os legados que deixo; e o primeiro pagamento que quero que se faça será satisfazer o salário que devo à minha ama do tempo que me tem servido, e mais vinte ducados para um vestido. [...][É] minha vontade que, se Antônia Quijana, minha sobrinha, quiser casar, case com um homem de quem primeiro se tirarem informações, e se verificar que não sabe o que vem a ser livros de cavalaria; e no caso de se averiguar que o sabe, e minha sobrinha, apesar disso, persistir em casar com ele, perca tudo que lhe deixo, que os meus testamenteiros poderão distribuir em obras pias à sua vontade (SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. *Dom Quixote*. Vol. II. Versão eletrônica disponível em < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=17708>. Acessado em 20.12.2019).

Entre os juristas, questão que se mostra importante é fazer, nesse ponto, a separação entre a condição de casar ou não casar com *qualquer* pessoa (de forma absoluta) e a condição de casar ou não casar com *determinada* pessoa (relativa). Para Álvaro Villaça de Azevedo, por exemplo, são nulas as condições de casar ou não casar absolutas, mas são válidas as condições de casar ou não casar com determinada pessoa[200].

Já para Pontes de Miranda, é válida a condição de não casar que o testador impõe com o intuito de desencorajar o casamento antes de determinada idade, por exemplo[201].

Segundo o relato de Carvalho Santos, a maioria dos entendimentos a seu tempo era no sentido de "ser válida a condição de casar com uma pessoa de certa classe ou categoria"[202]; ao contrário, a condição de não casar "nem sempre deve[ria] ser havida como não escrita", a depender das circunstâncias[203].

Além disso, Eroulths Cortiano Junior e André Luiz Arnt Ramos afirmam que "parece inevitável a inferência de que a disposição testamentária que restrinja qualquer dessas liberdades [de relações matrimoniais] seria inválida (no direito brasileiro, na gradação de nulidade)"[204].

---

[200] AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003, p. 125. Sobre a validade da condição de não casar com determinada pessoa, confira-se também: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: parte geral. Vol. I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 249.

[201] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 109.

[202] Como exceção, "não vale a condição, porém, se a pessoa designada para casar com o beneficiário é dele parente ou tem algum impedimento que obste a realização do casamento" e ainda "se a condição imposta é de casar com uma pessoa determinada e esta é de conduta irregular, de má fama, como um ladrão ou uma meretriz, não vale a condição, que é reputada não escrita" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 20).

[203] No entanto, "se ela é imposta, embora sem limitação, nem quanto ao tempo nem quanto às pessoas, tais sejam as circunstâncias e deverá ser considerada perfeitamente ilícita" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 21).

[204] Para os autores, atualmente, "com superação das amarras patriarcais", o cenário das condições matrimoniais é casuístico, de forma que, "se verificado que o testador, ao legar determinado bem a tal ou qual pessoa sob condição de que esta não se case em circunstâncias pré-definidas, visou à salvaguarda dos interesses do legatário, preserva-se a eficácia da disposição testamentária. Se, por outro lado, as circunstâncias indicarem a imposição de certas escolhas ou a pressuposição de algo como um direito de propriedade sobre a pessoa, a disposição pode ser invalidada, pois afrontosa à publicpolicy. Enfim, o casuísmo impõe que as Cortes não se inclinem à formulação de enunciados gerais atinentes a essa matéria, bem como que não assumam papel paternalista (CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direto sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*. Cascavel: NEJUS, nº 4, maio/2015, p. 63. Disponível em: <https://www.univel.br/sites/default/files/revistajuridica/revista_04_edition.pdf>. Acessado em 3.10.2019).

O TJRJ já teve a oportunidade de analisar testamento que continha condição de casar e *não a declarou* nula – ateve-se a dizer que ela não se implementou[205]. No caso, a testadora Néa Machado instituiu o sobrinho Ricardo Soares Machado seu herdeiro, sob a condição de ele estar "casado e possuir filhos". Ocorre que, no momento da abertura da sucessão, Ricardo Soares estava solteiro sem filhos. O Tribunal fluminense entendeu, então, que a condição imposta por Néa Machado não se implementou e que Ricardo Soares não herdou os bens da testadora, pois a linguagem usada "já tiver se casado" remetia ao momento de abertura da sucessão, sem caráter suspensivo.

A ausência de pronúncia da nulidade dessa disposição condicional indica a orientação do Tribunal à validade desse tipo de condição, ao menos no momento em que o caso foi julgado, uma vez que, se a considerasse nula, deveria ter declarado a invalidade de ofício, na forma do art. 168, parágrafo único, do Código Civil.

Nos Estados Unidos, a *Court of Common Pleas* de Ohio julgou *válida* a cláusula do testamento de David Shapira que impôs ao filho do testador, Daniel, a condição de "estar casado no momento da minha morte [do testador] com uma mulher judia filha de pais judeus" ou de se casar com uma mulher judia filha de pais judeus em até sete anos após a morte do testador, sob pena de a parte da herança de Daniel ser entregue ao Estado de Israel[206].

Para o Tribunal, a condição imposta por David Shapira era uma "restrição razoável sobre o casamento e válida"[207]. Entretanto, há quem discorde dessa conclusão, considerando o pleito de Daniel robusto e "a conclusão da corte, errônea"[208].

---

[205] TJRJ, 1ª CC, AC nº 0017674-83.2000.8.19.0002, Rel. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, v. u., j. 22.6.2004.

[206] No original: "*he is married at the time of my death to a Jewish girl whose both parents were Jewish*" (Estados Unidos, Ohio, *Shapira v. Union National Bank*, 39 Ohio Misc. 28, jan. 1974. Disponível em: <https://casetext.com/case/shapira-v-union-natl-bk>. Acessado em 12.11.2019).

[207] Em caso semelhante – e mais recente – a corte de apelação do Estado do Illinois, nos Estados Unidos, também decidiu que a cláusula do *trust* de Max e Erla Feinberg não viola a ordem pública ao determinar a deserdação dos netos casados com pessoas que não seguem a religião judaica (Estados Unidos, Illinois, *In re Estate of Feinberg*, 383 Ill. App. 3d 992. Disponível em: <https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg-1>. Acessado em 12.11.2019).

[208] No original: "*Daniel's claim seems strong and the court's conclusion seems erroneous*" (KELLY, Daniel B. Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications, 82. *Fordham L. Rev.* 1125 (2013). P. 1.171. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/950>. Acessado em 12.11.2019).

Em sentido contrário, há notícia de julgamento do Tribunal do Sena, em Paris, que, em 1947, declarou nula a cláusula testamentária sob condição de o herdeiro *não se casar* com pessoa de origem israelita[209].

2.2.1.2. A condição de o beneficiário se divorciar ou se separar

Além das condições de casar ou não casar, também já se analisaram as circunstâncias em que o testador determina que o beneficiário encerre o relacionamento com seu cônjuge ou companheiro para receber a deixa, ou impõe alguma restrição à propriedade transmitida.

Foi o que aconteceu em caso julgado pela Corte de Apelação do Estado de Indiana, nos Estados Unidos, ao analisar a disposição do testamento de Pattie L. Owen que limitou o direito de sua herdeira e filha, Toni, de alugar um imóvel enquanto Toni ainda estivesse casada com o marido. Disse o testamento de Pattie Owen:

> *Eu, por meio deste, dou e lego meu imóvel localizado em Robb Township* [...] *para minha filha, Toni L. Lyke, de forma vitalícia, e com a sua morte, para seus filhos* [...]. *Minha filha, Toni L. Lyke não poderá alugar o imóvel se, no momento, ela estiver casada com Brian Lyke*[210].

A filha da testadora questionou o testamento por entender que a Pattie usou linguagem ambígua em outra cláusula testamentária (ao indicar o desejo da testadora em instituir um *trust* para administrar a fazenda, sem, contudo, atribuir obrigações de manutenção a esse *trust*). O Tribunal considerou que a disposição, além de ambígua, também violou a ordem pública, de forma que a testadora não poderia ter estabelecido condição de o beneficiário se divorciar.

Também já se afirmou que os tribunais da Inglaterra e dos Estados Unidos "declararam que uma condição testamentária é nula por ser contrária à ordem pública se ela se destina ou tende diretamente a induzir ou provocar uma futura separação ou divórcio de marido e mulher"[211].

---

[209] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139.

[210] No original: "*I hereby give, devise and bequeath my real estate located in Robb Township, Posey County:* […] *to my daughter, Toni L. Lyke, for her lifetime, and at her death, then to her children* […]. *My daughter, Toni L. Lyke shall not be permitted to rent that residence if she is married at that time to Brian Lyke*" (Estados Unidos, Indiana, *In Re Estate of Owen*, 855 N.E.2d 603 (Ind. Ct. App. 2006). Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1995396/in-re-estate-of-owen/>. Acessado em 12.11.2019).

[211] A afirmação, no original, é a seguinte: "*In like fashion, the courts of England and in this country have declared that a testamentary condition is void as against public policy if it is intended or directly tends to induce or bring*

2.2.1.3. A condição de o beneficiário permanecer viúvo

Ainda em relação ao estado civil, há quem sugira ser válida a condição de o beneficiário permanecer viúvo(a), a chamada cláusula de viduidade[212].

Diferentemente da condição de casar ou não casar, a condição de o beneficiário permanecer viúvo pode trazer consigo a intenção do testador "de evitar que o viúvo, ao casar novamente, prejudique a prole, repartindo com uma outra pessoa o afeto e a fortuna, que, é natural, o testador deseja não seja desviada para outros que não são seus filhos"[213].

Nas palavras de Clóvis Beviláqua, a condição de permanecer viúvo(a) atuaria tal como "a sombra do morto esvoaça[ndo] protetora em torno do lar, enquanto se pode rever no coração do cônjuge, que sobrevive, mas é natural que bata as asas em voo largo e desapareça quando outrem ocupar, no recesso da família, um lugar que foi seu"[214].

Para alguns autores, essa intenção é relevante e protege interesses mais dignos de tutela do que a liberdade de casar do beneficiário – que são "a educação e afeição a dispensar aos filhos, presumivelmente prejudicada pelos novos laços" [215]; ou, em outras palavras, "o bem estar da prole comum [...][,] a garantia do viúvo ou viúva, enquanto se mantiver vivaz o culto da

---

about a future separation or divorce of husband and wife" (Estados Unidos, New Jersey. *Girard Trust Co. v. Schmitz*, 129 N.J. Eq. 444. 1941. Disponível em: https://casetext.com/case/girard-trust-co-v-schmitz. Acessado em 12.11.2019). O caso não trata de condição de separação, mas o trecho faz referência aos seguintes precedentes: "*28 R.C.L. 328 § 316; 69 C.J. 669 § 1772 c; 1 Scott on Trusts 381 § 62.4; Restatement of the Law of Trusts, supra; Graydon's Executors v. Graydon, supra; Sheehan *462 v. Sheehan, 77 N.J. Eq. 411; Dennison v. Dennison, 98 N.J. Eq. 230; affirmed, 99 N.J. Eq. 883; Hemingway v. Ball, 118 N.J. Eq. 378; affirmed, 119 N.J. Eq. 471; Dwyer v. Kuchler, 116 N.J. Eq. 426 (cases collected)*". Há ainda a referência de que "*in Brown v. Peck, supra, it was held that a testamentary condition that a niece of the testator separate from her husband was contra bonos mores and void*", ou seja, que no caso *Brown v. Peck*, "sustentou-se que a condição testamentária de a sobrinha do testador se separar do marido era contra os bons costumes e nula".

[212] GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 165. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 480. Ainda, Silvio Rodrigues aponta que se deve analisar o motivo: "se o marido faz doação à mulher, ou deixa-lhe legado cuja eficácia depende de manter-se ela viúva após sua morte, há que distinguir: se o seu propósito é altruísta, tendo em vista a educação dos filhos comuns, evitando que a atenção da mãe se disperse com o cuidado devido aos filhos de um segundo matrimônio, vale a condição, no caso, não considerada ilícita; se, entretanto, seu móvel é perverso, se o incita apenas o ciúme, a cláusula é ilícita e não pode subsistir" (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: parte geral. Vol. I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 249).

[213] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 27.

[214] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p. 302.

[215] GUIMARÃES, Maria da Nazaré Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 17.

saudade"[216] – e, nesse contexto, a condição de viduidade não parece merecer a sanção da nulidade.

Destaque-se que a maioria das hipóteses de viduidade que se analisa em doutrina parte da premissa de que o beneficiário sob condição – que deve permanecer viúvo – é o cônjuge sobrevivente ao testador[217]. Ou, ainda, o ascendente ou descendente do testador. Por isso, tutelar a intenção do testador de preservar a viduidade desse beneficiário pode fazer sentido, sobretudo se movida por interesses altruístas, como a proteção do patrimônio familiar. Em outras circunstâncias, todavia, demonstrado que o testador impôs a condição movida por interesses menos louváveis, não se pode afastar, na largada, a potencial nulidade da condição.

2.2.1.4. A condição de o beneficiário se afastar de familiares

Há casos ainda em que o testador elege a condição de o beneficiário se afastar de familiares ou não aceitar tutores.

Em um desses casos, julgado nos Estados Unidos em 1931, o testador instituiu um *trust* em benefício da educação da filha, Anne Barbara Carples, que contava com 11 anos na data de abertura da sucessão.

O item 2 da cláusula 8 do testamento determinava que os *trustees* deveriam reservar o valor anual de U$ 1.300,00 para despesas de Anne Barbara com escolas particulares, acampamentos de verão, universidades ou escolas profissionalizantes, até os 21 anos. Mas o testador seguiu para afirmar o seguinte:

> *se minha filha, voluntariamente ou por orientação ou persuasão de qualquer guardião ou tutor, não comparecer a escolas particulares, acampamentos de verão, universidades e/ou escolas profissionalizantes selecionadas ou aprovadas por meus* trustees*, então e nesse caso, instruo meus* trustees *a aplicar* [...] *a soma de $ 1.300,00 não despendida* [...] *para a American Civil Liberties Union*[218].

[216] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p. 302.
[217] É a condição "imposta pelo cônjuge por mera afeição", que Pontes de Miranda considerou válida (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 109).
[218] No original: "*In addition to the foregoing, I direct my trustees hereinafter named, to reserve, pay and apply out of the income of my estate, the sum of $1,300 per annum, out of which sum they shall defray the reasonable, proper and necessary expenses for tuition and incidental disbursements arising through the attendance of my daughter, Anne Barbara Carples, at such private schools, summer camps, colleges and/or professional schools, as they, my said trustees, shall from time to time, select, until my said daughter shall arrive at the age of twenty-one years, and any balance of such sum so reserved and remaining unexpended shall be accumulated for my daughter's*

No entendimento da *Surrogate's Court* de Nova Iorque, a disposição era "tão vital, tão calculada para afastar mãe e filha, quebrar o controle parental e o amor e respeito da filha, e tão vinculada a penas duras e cruéis que [era] inegavelmente contra a ordem pública e nula"[219].

Em outro caso, o testador Robert Schmitz estabeleceu a seguinte condição: para que seus quatro irmãos – Walter, Bertha, Tillie e Louis – pudessem herdar, eles não poderiam manter relações com Otto e Emilie, também irmãos do testador e dos beneficiários. Nas palavras de Robert Schmitz:

> *As disposições acima contidas neste meu testamento em benefício de meu irmão Walter A. Schmitz, minha irmã Bertha Schmitz, minha irmã Tillie Schmitz e meu irmão Louis Schmitz, ou seus filhos, são feitas mediante a expressa condição de que nenhum deles deve, a qualquer momento após a minha morte e após o aviso desta disposição do meu testamento ter sido informado a eles pelo meu testamenteiro, ter qualquer comunicação ou relação verbal ou por escrito, direta ou indiretamente, nem morar na mesma casa ou sob a mesmo teto com meu irmão Otto Schmitz, sua esposa ou filhos, ou minha irmã Emilie Schmitz Blizzard, seu marido ou filhos, exceto a comunicação que seja absolutamente necessária ao acordo de divisão dos bens de meu pai e sem qualquer outro objetivo*[220].

---

benefit, and applied to defraying any deficiency for any year over the amount of $1,300.00 and any balance remaining on hand when she shall arrive at the age of twenty-one shall be paid over to her together with any other accumulations. Anything to the contrary notwithstanding, however, if my said daughter shall either herself willfully, or pursuant to the direction or persuasion of any guardian or custodian fail to attend such private schools, summer camps, colleges and/or professional schools selected or approved by my said trustees, then and in that event, I direct my trustees to pay and apply at the end of each year, the whole or any part of the sum of $1,300 not expended for the purposes and under the conditions hereinabove set forth, to the American Civil Liberties Union" (Estados Unidos, Nova York, *Matter of Carples*, 140 Misc. 459. 1931. Disponível em: <https://casetext.com/case/matter-of-carples>. Acessado em 12.11.2019).

[219] No original: "*These provisions* […] *are so absolute, so vital, so calculated to separate mother and child and break down parental control and filial love and respect, and so coupled with harsh and cruel penalties that they are undeniably against public policy and void*".

[220] No original: "*The foregoing provisions in this my will for the benefit of my brother Walter A. Schmitz, my sister Bertha Schmitz, my sister Tillie Schmitz and my brother Louis Schmitz, or their children, are made upon the express provision and condition that no one of them shall at any time after my death and after notice of this provision of my will shall have been made known to them by my Executor, have any communication or intercourse verbally or in writing, directly or indirectly, nor live in the same house or under the same roof with my brother Otto Schmitz, his wife or children, or my sister Emilie Schmitz Blizzard, her husband or children, except such communication as shall be absolutely necessary in the settlement of my father's estate, and for no other purpose.* […] *Seventh: In the event that a Court of competent jurisdiction shall declare invalid any of the foregoing provisions of my Will as to communication and intercourse with my brother Otto Schmitz, his wife or children, and my sister Emilie Schmitz Blizzard, her husband or children, I give, devise and bequeath one-third (1/3) part or share of my residuary estate absolutely unto my brother Walter A. Schmitz and his heirs, executors, administrators and assigns forever; and two-thirds (2/3) part thereof unto the Hahnemann Medical College and Hospital of Philadelphia, and its successors and assigns forever, to endow in the hospital of the said College and Hospital as many beds as my said residuary estate will provide for*" (Estados Unidos, New Jersey. *Girard Trust Co. v. Schmitz*, 129 N.J. Eq. 444. 1941. Disponível em: https://casetext.com/case/girard-trust-co-v-schmitz. Acessado em 12.11.2019).

O testador ainda previu a hipótese de um tribunal declarar a invalidade da condição, caso em que 1/3 da herança deveria ser entregue ao irmão Walter e 2/3 ao Hahnemann Medical College and Hospital of Philadelphia.

Os irmãos que sobreviveram ao testador – potenciais beneficiários – não aceitaram a condição. O Tribunal, então, entendeu que a condição do testamento de Robert Schmitz de que "certos irmãos e irmãs nomeados do testador se abst[ivesse]m de relações sociais e familiares com um irmão e uma irmã expressamente deserdados pelo testamento, e seus respectivos cônjuges e filhos, [era] nula por ser contrária à ordem pública"[221]. Nesse caso, prevaleceu a alternativa que o próprio testador escreveu.

2.2.1.5. As condições religiosas

Outro tema que suscita debates é o da condição que envolve religião. Há quem entenda válida a disposição que tem como benefício um crucifixo, por exemplo, se o beneficiário vier a se tornar (ou permanecer) cristão[222]. Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que o testador pode querer "evitar que os objetos venham a ficar em poder de quem lhes não atribui o significado que tinham"[223].

Se a condição for simplesmente de mudar de religião, já se apontou que essa cláusula "seria contrári[a] à ordem pública [por] afrontar ou restringir o livre desenvolvimento da pessoa humana, por contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana"[224].

A condição de se tornar ministrante religioso também não é livre de controvérsias. Carvalho Santos compara essa condição com as condições de impor profissão (consideradas

---

[221] No original: "*A condition attached to a testamentary gift in trust to certain named brothers and sisters of the testator, that they abstain from social and family intercourse with a brother and sister expressly disinherited by the will, and their respective spouses and children, is void as against public policy. The condition here involved held void for uncertainty also*" (Estados Unidos, New Jersey. *Girard Trust Co. v. Schmitz*, 129 N.J. Eq. 444. 1941. Disponível em: https://casetext.com/case/girard-trust-co-v-schmitz. Acessado em 12.11.2019). O caso também faz referência a outro precedente, envolvendo um *trust* em benefício de menor, em que se alegou que a condição que tenta impedir o pai de cumprir o dever de manter e educar a criança era contra a ordem pública e nula (no original, lê-se: "*In White's Estate, 2 Pa. Dist. 207, it was held that a condition subsequent affecting a trust estate for a minor grandson, which sought to restrain the father from performing the duty of maintaining and educating the child, was void as against public policy*").

[222] Guilherme de Oliveira se refere aos antigos, especialmente Lacruz e Sancho, Cunha Gonçalves e Manuel de Andrade (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Testamento*: apontamentos. Coimbra: Reproset, [199?], p. 82).

[223] PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 568. Nesse sentido: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 247.

[224] MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 68-69.

pelo autor como ilícitas). Para o autor, a condição de se tornar padre, por exemplo, é ilícita, embora para a maioria da doutrina à época essa condição fosse válida[225].

Mais radicalmente, Pontes de Miranda parece entender válida a condição de o beneficiário seguir a religião do testador. Como exemplos, o autor enuncia as seguintes disposições: (*a*) de um testador padre, "deixo a A, minha sobrinha, filha de minha irmã católica, e do marido, pastor protestante; se, ao tempo de minha morte, A for católica, recebe toda a minha herança; se protestante, o terço em fideicomisso, sendo fiduciária a Mitra" e (*b*) de um testador protestante, "deixo a parte disponível à minha filha; se, ao tempo da minha morte, tiver meu filho desistido de ser padre católico, receberá a metade"[226].

2.2.1.6. A inadequada busca por solução a priori

Ao analisar as opiniões anteriores sobre as condições que desafiam a ordem pública e os bons costumes, percebe-se que a resposta – se válida ou nula a condição – não costuma ser absoluta.

Proposta interessante de Zeno Veloso, nesse contexto, recomenda analisar casuisticamente as *circunstâncias* do testamento e as razões que conduziram o testador a apor a condição questionável em vez de buscar soluções apriorísticas de caráter geral e abstrato – sem que se passe a exemplificar as condições como intrinsecamente ilícitas, portanto[227]. De fato, essa parece a solução mais alinhada à teoria do negócio jurídico. Afinal, nas palavras do autor:

---

[225] O autor não especifica, contudo, quais seriam os autores que entendiam dessa forma (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado.* Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 31).

[226] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 45.

[227] Prossegue o autor: "[é] nossa opinião que as condições de casar (*si nupserit*), de não casar (*si non nupserit*), de casar com alguém, ou de permanecer casado, ou de continuar viúvo (*si in viduitate permanserit*), ou de ficar em determinado domicílio, ou de abraçar uma certa confissão religiosa, ou de seguir uma determinada profissão, não são intrinsicamente imorais ou ilícitas. O conteúdo da vontade, o motivo das partes ou do estipulante, as circunstâncias do caso, é que haverão de revelar a imoralidade, ou não, da disposição. Se as razões são justas, se os motivos são pertinentes, se os objetivos são nobres, se os sentimentos são respeitáveis, por que considerar a condição ilícita ou imoral? Tudo se resume numa questão de interpretação. O juiz, afinal, decidirá" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 37; 39). Veja-se que, para Arnaldo Rizzardo, há circunstâncias em que a proibição de o beneficiário se casar com alguém, por exemplo, não é inválida; ou seja, algumas "situações peculiares acontecem, como aquela em que a condição de receber por testamento está na dependência de não casar com alguém que foi inimigo do testador; ou de não se associar a uma pessoa que prejudicou, em vida, o mesmo testador, ou que atentou contra a sua vida. Há uma motivação justa. Não é absoluta a proibição, isto é, não proíbe o casamento com outra pessoa" (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 365).

> [e]*mbora aquelas condições que restringem a liberdade individual, ou que atentem contra a dignidade das pessoas, sejam equiparadas às condições ilícitas (e esta circunstância é adotada em praticamente todas as legislações modernas), no caso concreto, o juiz deve ponderar: se o objetivo das partes foi contrariar a lei, a moral, os bons costumes, considerará nulos a condição e o negócio a que está aposta; ao contrário, se não houve essa intenção, dará a condição por justa e pertinente, validando-a. Dados seus propósitos e finalidades, verificada a relação especial das partes e a nobre intenção do autor da estipulação, que ilegalidade ou imoralidade poder-se-ia vislumbrar nas condições estabelecidas nos casos seguintes: dar-te-ei a renda se casares; minha biblioteca será tua se te formares em Direito; doarei meu material cirúrgico se te tornares médico; minha loja será tua se fores comerciante; manterei o comodato enquanto fores casado?*

2.2.2. Nulidade da condição impossível ou contraditória

Relembre-se que são nulas as condições suspensivas físicas ou juridicamente impossíveis e que as condições resolutivas impossíveis não afetam a eficácia do negócio (arts. 123, I, e 124 do Código Civil)[228]; o mesmo ocorre com as condições (suspensivas ou resolutivas) de não fazer coisa impossível (ou seja, negativas)[229].

A diferença entre as condições impossíveis física ou juridicamente[230], em exemplo, é bastante clara: é fisicamente impossível a condição de legar a João um sítio se ele esvaziar as areias das praias brasileiras; e é juridicamente impossível a condição de legar a Pedro uma casa se "*ele vier a se tornar Rei do Brasil*"[231], ao menos no contexto sociopolítico contemporâneo[232]. Para alguns autores, também é condição juridicamente impossível aquela que determina que se

---

[228] Em Portugal, as condições impossíveis no testamento são consideradas não escritas e não prejudicam os herdeiros ou legatários, salvo declaração em contrário do testador (art. 2230º).

[229] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 43.

[230] Maria da Nazaré Lobato Guimarães entende que as condições juridicamente impossíveis são parte da classificação das condições ilícitas – e não impossíveis, propriamente. Nas palavras da autora: "as condições chamadas juridicamente impossíveis são parentes muito mais próximas das ilícitas que das afectadas de impossibilidade física" (GUIMARÃES, Maria da Nazaré Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 11).

[231] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 810. São, ainda, fisicamente impossíveis as condições "se tocares o céu com o dedo, se fores imortal, se fizeres um triângulo quadrado, se tiveres um filho com cinco anos, [...] se as águas do rio correrem para as nascentes, se ressuscitares um cadáver" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 370). Para Caio Mário da Silva Pereira, a condição também é ilícita quando impõe abster-se de um ilícito como, por exemplo, em "dar-te-ei 1000 se não matares" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 479).

[232] Não se deixa de ler notícias que repercutem ideias monarquistas na política brasileira dos últimos anos (cf. FELLET, João. Monarquistas ocupam cargos em Brasília e reabilitam grupo católico ultraconservador. *BBC News Brasil*. Publicado em 4.4.2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47728267>.Acessado em 16.12.2019). O exemplo de Luiz Paulo Vieira de Carvalho, entretanto, ainda parece se encaixar em uma condição juridicamente impossível.

realize um ato ou negócio jurídico nulo, como seria a condição de "fazer testamento aos 12 anos" ou de se casar em circunstância de impedimento (na forma do art. 1.548 do Código Civil)[233].

A impossibilidade física pode, ainda, ser absoluta (ou seja, realizar o evento é impossível para qualquer pessoa) ou relativa (apenas o sujeito sob condição não consegue realizar o evento). Para invalidar a condição, Silvio Rodrigues entende que a impossibilidade deve ser absoluta[234]. Em sentido contrário, Zeno Veloso e Caio Mário da Silva Pereira entendem que a condição relativa também invalida a disposição[235].

No contexto testamentário, parece que a condição impossível deve tornar nula toda a disposição testamentária, seja por impossibilidade absoluta ou relativa, pois o testador, ao dizer que "João, seu tio-avô, deve receber o imóvel X se vencer uma luta de boxe contra o atual campeão mundial", parece querer que João execute o evento, ainda que o evento lhe pareça impossível[236].

Tratando-se de impossibilidade, vale refletir ainda sobre o momento em que se deve apurar a validade da condição. Vejam-se os casos de (*a*) condição originariamente impossível que se torna possível e (*b*) condição originariamente possível que se torna impossível (impossibilidade superveniente).

Primeiro, se, no momento em que o testador dispõe, a condição parece impossível mas, ao tempo da abertura do testamento, a condição se torna viável, há argumentos para defender a validade da cláusula, pois se o testador não quisesse correr o risco de ver a condição implementada não deveria tê-la estabelecido[237].

---

[233] Os exemplos são de Maria de Nazareth Lobato Guimarães que, no original, faz referência à lei portuguesa (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942, p. 8).

[234] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 247.

[235] VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 480. Também para Carvalho Santos (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 47).

[236] O exemplo é inspiração de Zeno Veloso, que relembra o lutador Mike Tyson e aponta ser impossível vencer uma luta contra ele "considerando a média das pessoas" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 32).

[237] Esta é a linha do Código Civil italiano que, ao tratar da possibilidade superveniente do objeto nos contratos, dispõe: "*Il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine (1814) è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine*" (art. 1.347). Em tradução livre: "O contrato sujeito à condição suspensiva ou termo (1814) é válido, se a prestação inicialmente

Ao contrário, se a condição é possível e se torna impossível, há invalidade[238]. No caso do testamento, presume-se que o testador está ciente de que o evento pode se tornar impossível e quis manter a condição (do contrário, teria revogado a disposição), pelo que segue a regra das condições impossíveis originárias.

Ou seja, o momento para se apurar a nulidade da condição impossível é a abertura da sucessão, quando se deve avaliar se a condição (ainda) é impossível, presumindo-se que o testador a quer desta forma, assumindo as consequências da (im)possibilidade.

Além das condições impossíveis, a Parte Geral do Código Civil também indica como nulas as condições contraditórias. São contraditórias as condições cujo implemento é resultado de incompatibilidade lógica (art. 123, III, do Código Civil). É o caso de "instituição de herdeiro, subordinada à condição de que venha ele a morrer antes do testador"[239].

A consequência das condições contraditórias, nas palavras de Orosimbo Nonato, é a de que "em face de contradição invencível, fica o intérprete do ato testamentário irresoluto, com o espírito penduleando entre contrários. O *simul esse et non esse* destrói a disposição do testador, que traduz ordem e comando"[240]. Há, então, uma espécie de impossibilidade prática de cumprir os dizeres do testador[241], que leva à sua nulidade.

Curioso caso de disposição testamentária com condição capaz de levar a certa perplexidade foi matéria de parecer de Athos Gusmão Carneiro. A testadora, senhora separada e com três filhos, lançou em testamento a seguinte condição:

> *Que, no caso do seu falecimento não decorrer de morte natural, a metade dos bens deixados por sua morte deverão ser destinados à instituição denominada Irmandade da Santa Casa de Misericórdia, sediada em Porto Alegre-RS* [...],

impossível se tornar possível antes do implemento da condição ou advento do termo". Serpa Lopes aponta que se a impossibilidade é superveniente "opinam alguns caracterizar-se uma condição falha, que impede a aquisição do direito, e não uma condição impossível que acarretaria a aquisição do direito pura e incondicionalmente", mas, para o autor, quando há "impossibilidade absoluta que, após o ato, se tornou possível, por um progresso da ciência [...], prevalece a condição, desde que o disponente ou as partes tenham previsto essa possibilidade futura" (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, pp. 492-493).

[238] Zeno Veloso entende que a condição deve ser considerada falha, "não se adquirindo o direito a que visava o ato" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33).

[239] O exemplo é de Eduardo Ribeiro de Oliveira (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 320). Com exemplo idêntico, Zeno Veloso ainda afirma que a condição perplexa traduz uma impossibilidade lógica pois "diz e desdiz, dá e toma, é um ser e um não-ser" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 24).

[240] NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 246.

[241] Enquadrando a disposição contraditória como impossível, confira-se: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Forense: Rio de Janeiro: 2009, p. 350.

> *procedendo-se à partilha de tal forma que não resulte, em qualquer dos bens, comunhão entre os herdeiros legítimos e a ora instituída neste instrumento. Que, ainda no caso de seu falecimento decorrer de morte não natural, dispõe mais que todos e quaisquer bens que couberem nos quinhões de seus herdeiros filhos, fiquem gravados com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, em caráter vitalício, ou seja, perdurando tais cláusulas, enquanto viver o herdeiro a quem coube este ou aquele bem*[242].

Anos depois, a testadora faleceu em decorrência de traumatismo crânio-encefálico causado por acidente de automóvel. Os filhos e o genro da testadora, então, ajuizaram ação com pedido declaratório de inaplicabilidade da condição e invalidade da disposição.

Em seu parecer, Athos Gusmão Carneiro destaca, primeiramente, que não há o implemento da condição "morte não natural", já que a expressão parece indicar a hipótese de crime doloso contra a vida da testadora. De qualquer forma, o autor também entende que a condição de a testadora morrer de "morte não natural" é juridicamente impossível. Isso porque, "entre a condição ou o encargo, e a atribuição de legado ou a instituição de herdeiro, sempre existe, ou deve existir, uma relação lógica, compreensível, que empreste seriedade, juridicidade e validade à própria disposição testamentária" e, no caso, não haveria "nenhuma explicação racional para uma instituição de herdeiro condicionada a um determinado gênero de *causa mortis*".

Além disso, a "instituição de herdeiro ou a imposição de gravames, sob a condição de cometimento de um crime, porque condição ilícita e torpe, invalida as próprias disposições testamentárias a ela subordinadas". Assim, questiona o autor, quais seriam as consequências, "no plano validade das disposições testamentárias, de uma condição subordinando, tanto a instituição de herdeiro como o gravame sobre as legítimas, ao cometimento de um ilícito criminal, qual seja o homicídio temido pela autora da herança?". E o próprio responde: "[t]al condição configura-se, à toda evidência, como juridicamente impossível"[243].

[242] CARNEIRO, Athos Gusmão. Testamento – Condição juridicamente impossível. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 91, nº 332, out.-dez./1995, pp. 211-221.
[243] CARNEIRO, Athos Gusmão. Testamento – Condição juridicamente impossível. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 91, nº 332, out.-dez./1995, pp. 214; 217; 221; 219.

2.3. Nulidade da disposição testamentária cujo motivo é ilícito

> *"Muito raras vezes o testador aludirá, naturalmente, no texto do testamento, à causa ilícita da disposição"*[244].

A ilicitude dos motivos também pode justificar a declaração de nulidade de uma disposição testamentária. No regime geral do negócio jurídico, motivo pode ser "tanto uma razão psicológica, quanto uma razão objetiva, desde que também preceda e determine a declaração negocial" [245]. O motivo, portanto, antecede à declaração negocial e não integra a sua estrutura. Por isso, como regra, fala-se em um princípio geral da irrelevância dos motivos.

No entanto, os "motivos objetivos para a prática de situações jurídicas podem ser juridicamente relevantes" em alguns casos, tais como "nas hipóteses dos arts. 137, 139, III, 140 ou 166, III, do Código Civil"[246].

Assim, em algumas circunstâncias, os motivos que levam o agente a praticar o negócio podem ser relevantes para o seu regime jurídico: quando (*a*) são declarados no negócio (art. 140 do Código Civil); (*b*) são expressos como condição; (*c*) configuram erro sobre as qualidades essenciais da coisa ou pessoa; (*d*) consistem em dolo, coação, estado de perigo ou lesão; (*e*) em

[244] VARELA, João de Matos Antunes. *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 121.

[245] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio *jurídico e declaração negocial*. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 210-211; 213. Motivos são, ainda, "pré-intenções que dão ensejo ao negócio jurídico, ou mesmo ao ato jurídico s*tricto sensu*" e constituem, eminentemente, "questão fática, não jurídica *per se*" (respectivamente as lições de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 361; e MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 164).

[246] Além disso, "no plano dos contratos, verifica-se que os efeitos jurídicos do exercício de certas situações dependem de uma avaliação sobre os seus motivos condutores, como a dispensa do prestador de serviços ou o seu abandono das funções, a revogação da doação, a suspensão da execução da empreitada, a dispensa do comissário, a recusa de passageiros pelo transportador ou a exclusão de sócios, entre outras hipóteses" (BUTRUCE, Vitor Augusto José. *O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado*. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pp. 272-273).

alguns tipos de doação (como a *propter nuptias* e a remuneratória); ou, quando determinantes, (*f*) são ilícitos (causa[247] ou fim ilícito)[248].

Ao que interessa para este trabalho, os motivos impactam sobre a validade das disposições testamentárias quando estão declarados no negócio, expressos como condição ou fim ilícito, ou se sua ilicitude deriva de prova decisiva a respeito.

Note-se que, a rigor, o art. 166, III, do Código Civil[249] enuncia a nulidade do negócio em que o motivo determinante – *comum a ambas as partes* – é ilícito. É o que Antonio Junqueira de Azevedo denomina de *fim ilícito*.

Diante do texto legal, Marcos Bernardes de Mello pontua (com críticas) que o art. 166, III, do Código Civil refere-se apenas aos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais – por consequência da expressão "*comum a ambas as partes*" –, de forma que "um testamento cujo motivo seja ilícito não poderá ser anulado por força do inciso III do art. 166"[250].

---

[247] Alguns autores tratam da nulidade por "*causa ilícita*". Esclareça-se logo que que a palavra "causa" tem mais de um significado, sendo um desses significados o motivo (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 121). Lembra Judith Martins-Costa, por exemplo, que "a jurisprudência também se ressente da deficiência conceitual, e ora taxa como 'motivo', ora como 'objeto', o que na realidade seria a causa do contrato". Prossegue a autora com exemplo de confusão entre causa e objeto: "Outra decisão, no entretanto, dá conta de nulidade de ato jurídico por causa ilícita, imoral e contrária aos bons costumes. Na espécie, o apelado havia prometido a uma prostituta pensão mensal e vitalícia, 'por receio de escândalo'. Esta ajuizou ação de cobrança, que foi julgada improcedente, 'pela ilicitude de seu objeto', incorrendo o acórdão em evidente confusão entre causa e objeto, eis que tomou os dois termos como sinônimos" (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. "Teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro". *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1989, pp. 235-236). Para isso, como filtro de validade, trata-se dos motivos – eleito pelo art. 166, III, do Código Civil – adiantando que, em alguns aspectos, o motivo determinante pode ser entendido como integrante da causa do negócio. Mas, sobre as diversas configurações da causa e suas aplicações nos negócios jurídicos, retome-se a lição de Antonio Junqueira de Azevedo sobre a causa ilícita, pois "não é esse o lugar adequado para se expor o debate doutrinário, tipicamente francês, sobre a causa" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 103).

[248] São exceções ou pseudo-exceções (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio *jurídico e declaração negocial*. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 213-214). Em outras palavras, "o motivo e o fim somente podem tisnar de ilícito o negócio jurídico, se se fizeram relevantes (causa ou condição), ou se há fraude à lei" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 241).

[249] Não havia, no Código de 1916, norma correspondente. Por isso, a doutrina contemporânea ao Código anterior afirmava que "perante a lei brasileira, os negócios jurídicos, em que exclusivamente a motivação determinante é ilícita e que não se subsumem em regras especiais, [eram] válidos". Na ausência de norma apta a invalidar o negócio jurídico por ilicitude do motivo determinante, Antonio Junqueira de Azevedo relata o trabalho de doutrina e jurisprudência, inconformadas, em invalidar o negócio de motivos ilícitos classificando-o como negócio de objeto ilícito, mas, para o autor "não se pode, em sã consciência, confundir a motivação com o conteúdo do negócio" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 107-108).

[250] O autor entende que "a nulidade deveria ter caráter genérico, alcançando todas as espécies de atos jurídicos. [...] Não há razão alguma que justifique não se estender ao negócio unilateral a nulidade por ilicitude do motivo"

No entanto, outras opiniões, menos literais, embora manifestadas ainda na vigência do Código Civil de 1916, estendem a nulidade por ilicitude do motivo aos testamentos – o que parece mais acertado. São entendimentos de Orlando Gomes[251], Itabaiana de Oliveira[252] e Clóvis Beviláqua[253], por exemplo.

Destaque-se, desde já, que a introdução que por vezes o testador faz no testamento (com algumas notas pessoais que possam falar a respeito da vida do testador, suas razões emotivas e psicológicas de testar ou indicativos de interpretação) nem sempre deve ser qualificada como motivos determinantes[254].

Antunes Varela justifica a causa (no sentido de motivo) ilícita a contaminar a validade do negócio porque "repugna ao são sentimento jurídico o fato de a cláusula ser determinada pela representação psicológica invocada no testamento". O autor exemplifica a hipótese de um fato lícito compor um motivo ilícito em uma disposição testamentária, como no caso em que o testador afirma "porque o juiz F. proferiu uma sentença justa, lego-lhe meu prédio"; "porque o juiz B. não decidiu a nosso favor o pleito contra C., revogo o legado que anteriormente fizera em seu benefício"[255].

(MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 166; 168).

[251] GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169.

[252] OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. Vol. II. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1952, p. 502. Sobre a causa do testamento, Itabaiana de Oliveira explica: "a teoria da causalidade, em matéria testamentária, tem por base fundamental a distinção entre causa impulsiva e causa final: a) causa impulsiva é a que, não sendo expressa como razão determinante ou sob a forma de condição, apenas imperou, no ânimo do testador; como meramente acessória a disposição que, independente dela, pode subsistir; exemplo; instituo Fulano, meu filho natural; b) causa final, ao contrário, por ter sido expressa como razão determinante ou sob a forma de condição, acha-se tão intimamente ligada à disposição que, sem ela, não pode subsistir; exemplos (razão determinante): instituo Fulano, porque é meu filho natural; (sob a forma de condição): instituo Sicrano, se abandonar a sua concubina. Consequentemente, a simples causa impulsiva, ainda mesmo quando falsa, não influi sobre a disposição, ao passo que a causa final, sendo falsamente invocada pelo testador, vicia a disposição, porque se presume que o testador não a expressaria, como razão determinante ou sob a forma de condição, se conhecesse a falsidade dela" (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Elementos de direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas do Jornal do Brasil, 1918, pp.164).

[253] Na definição do autor, "se a causa declarada importar num ato ilícito, a disposição será nula" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Campinas: RED Livros, 2000, p. 307-308).

[254] Assim, "nos testamentos, é comum encontrar-se uma introdução, com considerações que poderão ser aproveitadas como subsídios para bom entendimento das disposições *causa mortis*. No nosso modo de ver, essas exposições introdutórias não se confundem propriamente com a motivação; com a ressalva de que venham eventualmente com afirmação de constituírem motivos determinantes, elas são somente a *demonstratio*" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 212).

[255] VARELA, João de Matos Antunes. *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 120. Aliás, o motivo das disposições testamentárias parece receber prestígio no Código Civil português. Além de norma na Parte Geral a enunciar a nulidade do "fim do negócio jurídico" (art. 281º, semelhante ao art. 140 do Código Civil brasileiro), o art. 2202º trata especificamente sobre o erro que recai sobre

Em suma, a análise do grau de relevância dos motivos no testamento deve ser restrita às declarações inequívocas[256] de que o testador testou de tal forma ou que impôs tal condição ou encargo por razão ilícita[257]. Assim:

> *Os motivos, nos testamentos, precisam ser expressos como "razões determinantes", ou como "condições", e para que haja a relevância jurídica. Por exemplo: "Lego a B a casa x, pelo fato exclusivo de ser B o melhor amigo do meu filho", aí está motivo. Se falsa a suposição (dito "falso o motivo"), só é inválida por êrro a declaração de vontade, e não porque o motivo foi expresso como determinante, ou como condição (Código Civil, art. 90). Verdade é, porém, que, concernente à pessoa ou ao objeto, pode incidir a regra jurídica do art. 1.670, que é menos exigente: atende-se ao fato de ser errôneo o que se supunha, sem se exigir que exista a falsidade*[258].

Reafirme-se que o exame da ilicitude dos motivos determinantes não se confunde com uma porta aberta para o julgamento moral das razões do testador[259], como já se adiantou (no item 1.4.1). A nulidade diz respeito apenas à *ilicitude* dos motivos determinantes das disposições testamentárias, prevista taxativamente no art. 166, III, do Código Civil, de modo de que a pauta para essa análise há de estar em uma contrariedade à lei.

---

o motivo da disposição testamentária, passível de anulação. O Código Civil brasileiro, entretanto, fica apenas com a hipótese de erro sobre a coisa legada ou sobre a pessoa do herdeiro ou legatário, e não sobre o motivo da disposição (art. 1.903 do Código Civil).

[256] Alguns chegam a flexibilizar a necessidade de o motivo estar escrito de maneira explícita no negócio: "Não há, todavia, a necessidade de que se use, expressamente, a fórmula 'razão determinante', mas tão somente que se possa extrair do negócio jurídico celebrado a explicitação do motivo como essencial à conclusão do ajuste. Não raro o motivo que leva as partes a contratar vem expresso nos contratos sob a forma de 'considerando', o que nem por isso deixa de atender ao requisito de explicitação exigido pelo art. 140 do nosso Código Civil. Registre-se que, sem prejuízo da literalidade do artigo em comento, parte da doutrina discute se, para a configuração do erro sobre o motivo, é realmente necessário que tal esteja 'expresso' como razão determinante do negócio jurídico" (SCHREIBER, Anderson. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 89).

[257] Ou, ainda, para imposição de cláusulas restritivas aos bens da legítima, em que o art. 1.848 do Código Civil exige uma justa causa (cf. item 4.7, adiante).

[258] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 362. O autor se refere aos arts. 90 e 1.670 do Código Civil de 1916, com a seguinte redação, respectivamente: "Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição" (art. 90); "O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa, a que o testador queria referir-se" (art. 1.670).

[259] Antonio Junqueira de Azevedo traz uma reflexão pertinente. O autor aponta que "não é ideal, do ponto de vista de política legislativa, que haja um artigo genérico sobre o motivo ilícito ou imoral. Melhor seria: a) uma regra, como a do Código Civil alemão, que se referisse a *negócio* contrário à lei ou aos bons costumes (portanto, somente a motivação ilícita não bastaria; seria preciso que a motivação, de alguma forma, se refletisse no próprio negócio); e b) que, paralelamente, se editassem tantas regras quantas necessárias, proibindo certos tipos de convenção e, portanto, nulificando-as por ilicitude do objeto" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110).

O tema não é estranho aos tribunais. O TJRJ, por exemplo, analisou a pertinência dos motivos pelos quais o testador Sebastião de Freitas gravou a parte legítima da filha Maria Aparecida com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Disse o testador que a parte da filha deveria manter as cláusulas restritivas "enquanto perdura[sse] o seu casamento [de Maria Aparecida] com José de Souza Coelho, de quem est[ava] se desquitando litigiosamente e por quem fo[ra] agredida, conforme queixa apresentada à Delegacia Policial da ocorrência". Após o falecimento de Sebastião, o marido de Maria Aparecida, José de Souza, questionou a regularidade do motivo da disposição restritiva; para José de Souza, havia falso motivo, pois "com a improcedência da ação de desquite, revelou-se o erro enuncial que [deveria] conduz à inoperância da cláusula testamentária". Entretanto, para o TJRJ, o motivo do testador não era a existência da ação de desquite, mas o mau relacionamento do casal, motivo que considerou real e com o que julgou válido o gravame[260].

2.4. Nulidade do encargo ilícito e impossível como motivo determinante da disposição testamentária

Também a ilicitude ou impossibilidade do encargo podem viciar a disposição testamentária. O encargo (ou modo) é um ônus – de dar, fazer ou não fazer[261], seja patrimonial ou extrapatrimonial – imposto pelo declarante de negócio jurídico gratuito[262]. Pode-se apor

[260] TJRJ, AC nº 1.706/88, Rel. Des. Renato Maneschy, j. 20.9.1988. Disponível em: SILVA, Regina Célia de Almeida da; et al. *Testamento*. Rio de Janeiro: Esplanada: ADCOAS, 1993, pp. 132-134.

[261] Não se trata de contraprestação – caso assim fosse, não caberia encargo ao testamento, negócio jurídico eminentemente gratuito e unilateral – mas de ônus imposto pelo beneficiário que aceita, se lhe aprouver, a deixa testamentária (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 365). São exemplos: "de dar dar ('instituo-te meu herdeiro com a obrigação de dares R$ 10.000,00 por ano aos pobres'), de fazer ('dou-te este imóvel com a obrigação de construíres um albergue para os necessitados'), ou de não fazer ('deixo-te esta casa, mas não poderás derrubar a estátua do jardim')" (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 531). Outro exemplo de encargo é o "*modus* aposto ao legado, impondo ao legatário (hospital vegetariano) médicos vegetarianos" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338).

[262] Em matéria de testamento, assim como nas condições, também não são válidos os encargos gravados na parte legítima (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 339). Ana Luiza Maia Nevares desenvolve no contexto brasileiro exemplo originariamente proposto por Inocêncio Galvão Telles e conclui (a autora) pela ilicitude do encargo. Veja-se: D. Maria Regina Machado Pereira Pinto Leite institui legatários seus sobrinhos Licínio e Joaquim com o encargo de "constituírem entre ambos uma sociedade civil por quotas, que [...] só seriam transmissíveis a familiares da testadora". Nas palavras de Ana Luiza Maia Nevares, o encargo é ilícito, pois "a testadora não poderia determinar o destino dos bens transmitidos a seus sucessores, atentando contra a liberdade" (NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 223-224).

encargos em benefício da memória, corpo ou alma do testador; em benefício de terceiro determinado[263] ou em benefício geral[264].

A análise da (i)licitude e (im)possibidade do encargo passa igualmente pelos motivos determinantes de sua instituição: isso porque, segundo o art. 137 do Código Civil, "considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico". Assim, se o encargo ilícito e impossível não é motivo determinante da declaração, o encargo é nulo, mas *a disposição se transmite* pura e simplesmente[265]; se, entretanto, o encargo ilícito ou impossível constituir motivo determinante da liberalidade, a disposição é nula e o *benefício não se transmite* ao herdeiro ou legatário.

Em outras palavras, apenas repercute no plano da validade o encargo ilícito e impossível que constitui motivo determinante da disposição. E, uma vez mais, para alguns autores, esse motivo determinante não precisa estar expresso na disposição, "abrindo-se espaço para que o intérprete investigue, à luz das circunstâncias negociais, o grau de relevância do encargo"[266].

Ressalte-se que, se o encargo passa a ser impossível (impossibilidade superveniente), sem culpa do onerado, há quem entenda que a disposição transmite-se pura e simplesmente[267].

A irregularidade do encargo também não é desconhecida da prática jurídica brasileira, como se tem notícia de caso pitoresco que contou com a opinião de Bruno de Mendonça Lima Júnior: em 1987, o testador R. M. R. instituiu disposição testamentária em favor de pessoa jurídica estrangeira (o grupo americano Nélson Rockfeller) ou, em sua falta, ao Governo dos

[263] O testador pode "deixar como legado determinada participação acionária com encargo de, por exemplo, o legatário permanecer exercendo cargo de gestão na empresa por determinado período, não se dedicar a empresa concorrente, entre outros" (PRETTO, Cristiano. Redescoberta da personalidade e testamento. *Revista IBDFAM Família e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 18, 2016, p. 141).
[264] Neste caso, "o terceiro favorecido e as pessoas incumbidas de zelar pela observância da vontade do *de cujus* podem reclamar a execução do encargo, judicial ou extrajudicialmente. Mas, a não ser que isto tenha sido previsto, expressamente, pelo testador, não podem pedir a resolução da disposição testamentária, com base na inexecução do contrato" (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 120-121).
[265] AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, P. 48.
[266] SCHREIBER, Anderson. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 87.
[267] VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 110.

Estados Unidos, com o *encargo* de pagar a dívida externa brasileira[268]. O autor conclui pela invalidade do encargo e aconselhou os herdeiros a ajuizarem ação de anulação do testamento[269].

Em regra, o encargo não suspende os efeitos da disposição, salvo quando imposto como condição suspensiva[270] (caso em que os efeitos são suspensos até o implemento da condição) ou se não for cumprido no período imposto pelo declarante (caso em que a disposição é resolvida), na linha do art. 136 do Código Civil. Se o cumprimento do encargo não for estabelecido por determinado prazo, cabe ao juiz vincular o beneficiário a determinado período[271].

Ainda, se a pessoa onerada pelo encargo falecer antes de cumpri-lo, sendo o encargo personalíssimo, encerra-se o ônus e a disposição se transmite ao beneficiário ou seus herdeiros; por outro lado, se o encargo puder ser cumprido por outra pessoa, a disposição se transmite aos herdeiros do onerado, que devem cumprir o encargo[272]. O mesmo acontece com a substituição vulgar (nos termos do art. 1.949 do Código Civil).

---

[268] O parecer narra que testamento dispôs o seguinte: "os bens que existirem por ocasião de sua morte ficarão, pelo prazo de 50 anos, entregues à administração do grupo americano Nélson Rockfeller, com sede nos Estados Unidos da América. A renda a ser auferida dessa administração, deduzidos os encargos daí decorrentes, deve ser aplicada no pagamento da dívida externa brasileira, na forma e condições pelo 'grupo' estabelecidos. Na hipótese da não aceitação desse encargo pelo mencionado grupo, ou não havendo resposta no prazo de seis meses, ficará a cargo do Governo dos Estados Unidos da América indicar outra forma de administração dos referidos bens; para a mesma destinação, dentro do prazo de seis meses. Após esse prazo administrativo deverão ditos bens ser partilhados na forma legal" (LIMA JÚNIOR, Bruno de Mendonça. Nulidade de testamento - Bens deixados a entidade com sede no estrangeiro - Condição impossível e ilícita - Ação dos herdeiros. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 621, jul./1987, pp. 62-65). Curiosamente, há notícia de outro caso semelhante, mas, dessa vez, de um testador nacional do Reino Unido que, em 1928, deixou quantia (equivalente a $ 620 milhões em 2013) para o pagamento da dívida nacional a ser usada sob a condição de o governo britânico acumular o valor remanescente para saldar o restante da dívida. A referência ao caso está em: KOLOKOSSIAN, Garbis. What are the strangest will requests ever made? Publicado em 13.3.2018. Disponível em: <https://www.contestingwills.com.au/document-366/what-are-the-strangest-will-requests-ever-made>, acessado em 18.7.2019.

[269] Em seu parecer, Bruno de Mendonça Lima Júnior trata conjuntamente os conceitos de impossibilidade e ilicitude (e os de condição e encargo).

[270] Assim, "se Paula deixar, através de testamento válido, para Ana, determinado imóvel com o encargo de a mesma cuidar da educação de seu afilhado Pedro, a legatária, aberta a sucessão da disponente Paula, desde logo, se investirá do direito de propriedade do objeto do legado, bem como de seus respectivos frutos (art. 1.923, § 2º, do CC). Entretanto, se a autora da liberalidade, Paula, excepcionalmente tiver estabelecido o encargo como condição suspensiva: 'Deixo meu imóvel sito no RJ, para Ana, se ela vier a cuidar de meu afilhado Pedro', aberta a sucessão, estarão suspensos tanto a aquisição como o exercício do direito, enquanto não ocorrer o respectivo implemento (art. 136, 2ª parte, do CC)" (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 688).

[271] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 366.

[272] VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 120.

Por fim, vistos os fundamentos da condição e do encargo, em caso de dúvida invencível quanto à natureza da disposição, presume-se que o testador impôs um encargo[273].

Como exemplo, Affonso Fraga narra caso em que "um certo Alvaro Fernandes, lisboeta", em seu testamento, disse "deixo a Inês, filha de minha sobrinha, duzentos mil réis para o seu casamento". Inês, entretanto, faleceu antes de se casar. O pai de Inês, então, reclamou o legado (ao entender que a disposição traduziria encargo não cumprido pela morte da onerada), o que foi contestado pelos herdeiros de Alvaro Fernandes (ao entender que a disposição traduziria condição não implementada). A sentença do Supremo Senado, de 1599, determinou que o legado estava gravado com encargo, transmitindo os duzentos mil réis ao pai de Inês, portanto[274].

2.5. Nulidade de disposições extrapatrimoniais

Sabe-se que o testamento não é negócio jurídico exclusivamente patrimonial. O testador também pode elaborar disposições de caráter não patrimonial, como, por exemplo, reconhecer filiação, designar tutor, orientar os herdeiros sobre procedimentos envolvendo seu corpo ou rituais religiosos.

O testador pode, ainda, prever:

> *disposições sobre publicação ou não (e em que termos) das suas cartas, memórias ou outros escritos, a divulgação do seu retrato físico ou da sua imagem de vida, a revelação de fatos relativos à intimidade da sua vida privada e da sua identidade pessoal, a proibição de esculpir o seu busto ou de realização de homenagem pública, a publicação de seu "testamento" político, partidário ou filosófico (os quais também podem constar do testamento)* [...]*, a concessão de exclusivo de publicação da sua biografia autorizada e de acesso às fontes privadas documentais, etc.*[275]

[273] FRAGA, Affonso. Breve estudo das disposições modais em suas atinências com as condicionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, 1939, p. 4. No mesmo sentido, Guilherme de Oliveira ensina que: "deve resolver-se a dúvida no sentido mais favorável ao beneficiário da disposição; isto é: entre considera-lo sujeito a uma condição ou ao mero encargo, escolhe-se colocá-lo na posição mais leve de titular dos bens simplesmente onerado com uma prestação" (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Testamento*: apontamentos. Coimbra: Reproset, [199?], pp. 98-99). E, ainda: SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das cláusulas restrictivas da propriedade*: inalienabilidade, impenhorabilidade incommunicabilidade, conversão e administração. São Paulo: Escolas Prof. Salesianas, 1910, p. 18.

[274] FRAGA, Affonso. Breve estudo das disposições modais em suas atinências com as condicionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, 1939, p. 5.

[275] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 203.

Essas disposições também não escapam ao alvo da filtragem de validade feito pelo ordenamento. E os exemplos são vários.

Caso interessante envolveu o exame de disposição do testamento de Marie Agnes Chauvel pelo TJMG. A testadora viveu em união estável com Denise Carneiro por anos e as duas se programaram para ter filhos. Optaram pela reprodução assistida, escolheram doador conhecido e Denise foi a mãe gestacional e biológica de Clara Agnes. Durante a gestação, Marie Agnes fez um testamento público para reconhecer a filiação do feto em gestação. A testadora faleceu antes do nascimento de Clara Agnes, todavia.

Diante disso, os pais da testadora ajuizaram ação de anulação do testamento sob os argumentos de que a testadora estava incapaz, em razão de doença descoberta após a elaboração do testamento, e de que o reconhecimento de filiação, nos termos em que Marie Agnes o fez, seria objeto ilícito.

A pergunta, então, que o TJMG se propôs a responder foi, nos termos colocados pelo Des. Marcelo Rodrigues: "é legal e possível o reconhecimento de filho por aquele que não gerou a criança, e nem foi o cônjuge ou companheiro a se relacionar com outra pessoa fora do casamento e a gerar biologicamente o filho?"[276].

A partir de construção bastante atual, o TJMG considerou *válido* o reconhecimento de filiação, pela testadora, mesmo não tendo vínculo biológico com o nascituro, e ainda que não previsto expressamente pela legislação, "mas consolidadas nas relações interpessoais". Ou seja, ainda que não a testadora não tenha tido oportunidade de conviver com Clara Agnes, entendeu o Tribunal que se tem "por implícita a afetividade com o nascituro, sentimento natural de quem pretende constituir família. Afastar a afetividade da testadora [...] é reduzir, novamente, o aspecto familiar à questão genética". Com isso, julgou-se válida a disposição questionada.

Em outra circunstância extrapatrimonial, o STJ julgou válida a vontade de Luiz Felippe Dias, que *não deixou testamento*, de manter seu corpo criopreservado nos Estados Unidos[277]. A disputa se instalou entre as três filhas de Luiz Felippe – de um lado, Carmen e Denise, que

[276] TJMG, 2ª CC, AC nº 1.0625.13.003018-6/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, v. u., j. 11.12.2018.
[277] Em trecho da decisão, lês que a "criogenia ou criopreservação é a técnica de congelamento do corpo humano morto, em baixíssima temperatura, com o intuito de reanimação futura da pessoa, caso sobrevenha alguma importante descoberta médica ou científica capaz de ressuscitar o indivíduo" (STJ, 3ª T, REsp nº 1.693.718/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, v. u., j. 26.3.2019).

viveram distantes do falecido, e de outro, Lígia, que morou com Luiz Felippe até o último momento.

Com a morte de Luiz Felippe, Lígia encaminhou o corpo do *de cujus* para uma empresa carioca manter suas condições de transporte até que se pudesse enviá-lo ao instituto de criogenia *Cryonics Institute*, nos Estados Unidos. Entretanto, as irmãs Carmen e Denise queriam sepultar Luiz Felippe no modelo que julgavam convencional e, para isso, ajuizaram ação de obrigação de fazer contra Lígia.

Nesse contexto, o TJRJ se convenceu de que era a vontade do *de cujus* preservar o corpo em criogenia, através de depoimentos de testemunhas, e decidiu, por maioria, manter a criopreservação[278]. Após o julgamento da apelação, Lígia enviou o corpo de Luiz Felippe para o *Cryonics Institute*. Em embargos infringentes, contudo, o TJRJ reformou a decisão e determinou o sepultamento de Luiz Felippe, dois anos[279] depois da sua morte.

A disputa chegou ao STJ sete anos após o falecimento de Luiz Felippe. O Tribunal, então, ponderou a vontade do *de cujus* e o tempo em que o corpo estava em criogenia. Destaca-se, ainda, um ponto interessante[280]: o STJ afastou "qualquer juízo moral e religioso sobre a suposta opção do falecido e seus resultados científicos" e reforçou que o julgamento deveria se ater apenas na "manifestação de última vontade de Luiz Felippe [...], isto é, se é possível ou não inferir que o seu desejo era o de ser criopreservado após a morte, bem como se tal vontade afronta ou não o ordenamento jurídico pátrio". E o STJ entendeu que a vontade de manter o corpo em criogenia não afronta o ordenamento brasileiro.

Acredita-se que a decisão do STJ quanto ao *objeto* – o destino do corpo de Luiz Felippe para criogenia – e a discussão sobre o *mérito* da declaração de vontade do *de cujus* seriam

[278] TJRJ, 20ª CC, AC nº 0057606-61.2012.8.19.0001, Rel. Des. Ines da Trindade Chaves de Melo, v. m., j. 13.6.2012.
[279] Luiz Felippe faleceu em 22.1.2012 e o TJRJ decidiu os embargos infringentes em 20.8.2014 (TJRJ, 7ª CC, Embargos Infringentes nº 0057606-61.2012.8.19.0001, Rel. Des. Ricardo Couto de Castro, v. m., j. 20.8.2014).
[280] Nas palavras do Tribunal, "a questão a ser analisada neste recurso especial, obviamente, não consiste em saber se são válidos ou não os efeitos da criogenia sobre o corpo do pai das litigantes. Em outras palavras, não importa saber (e nem seria possível) se, a depender dos avanços da ciência, será viável ou não que o *de cujus* retorne à vida. [...] Em verdade, o presente julgamento consiste tão somente na análise da manifestação de última vontade de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, isto é, se é possível ou não inferir que o seu desejo era o de ser criopreservado após a morte, bem como se tal vontade afronta ou não o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, não obstante o ineditismo da matéria discutida, a questão que se coloca é eminentemente jurídica e sob essa perspectiva, apenas, deve ser analisada. Descabe, portanto, qualquer juízo moral e religioso sobre a suposta opção do falecido e seus resultados científicos, bem como qualquer tentativa de regulação da matéria, cuja competência é do Poder Legislativo" (STJ, 3ª T, REsp nº 1.693.718/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, v. u., j. 26.3.2019).

idênticas caso Luiz Felippe tivesse determinado em testamento a obrigação de as herdeiras entregarem seu corpo a instituto de criopreservação.

Notável, ainda, a ressalva feita pelo Min. Marco Aurélio Belizze acerca da impertinência de se questionarem as razões morais ou religiosas do *de cujus*, atendo-se à feição "eminentemente jurídica" da questão.

Trata-se de caso em que se demonstra a variedade de possíveis disposições testamentárias, excêntricas até, e o constante risco de inconformismo dos herdeiros com o mérito das escolhas do testador.

Em outros exemplos, é válido ao testador aconselhar (os chamados testamentos éticos[281]) e instruir os herdeiros ou legatários sobre diversas questões. Nessa linha, imagine-se que um autor de peças de teatro deseja direcionar o destino de seus escritos por testamento; para isso, proíbe seus herdeiros de cederem os direitos patrimoniais de suas obras a qualquer veículo de tecnologia audiovisual. O desejo do testador é de preservar seus escritos na modalidade em que foram criados – para serem encenados apenas em peças de teatro.

Parecem, então, válidas essas disposições[282], que funcionariam como uma cartilha de intenções do autor sobre seu processo criativo e que deve vincular os herdeiros às disposições testamentárias. O mesmo pode ser dito sobre restrições ao uso de obras intelectuais e da imagem do testador, como a proibição de que se autorize canções em campanhas políticas[283] ou que se

---

[281] Aquele que "se presta a transmitir aos familiares valores éticos, morais, espirituais, de condutas, conselhos e experiências que possam ser objeto de reflexão àqueles que se destinam" (FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 184). Confira-se, também, sobre o tema: SWENNEN, Frederik; BARBAIX, Renate. Ethical Wills – A Continental Law Perspective. Oñati Socio-Legal Series, Vol. 4, No. 2, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2431115>, acessado em 22.7.2019.

[282] A limitação, como não poderia deixar de ser, se restringe ao limite temporal do domínio público, que é de 70 anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao (*a*) falecimento do autor (art. 41 da Lei nº 9.610/1998), se obra literária individual ou coletiva divisível; (*b*) falecimento do último co-autor (art. 42 da Lei nº 9.610/1998), se obra literária indivisível; (*c*) ano imediatamente posterior ao da primeira publicação (art. 43 da Lei nº 9.610/1998), se obra literária anônima ou sob pseudônimo; e (*d*) do ano subsequente ao de sua divulgação (art. 44 da Lei nº 9.610/1998), se obra audiovisual ou fotográfica.

[283] Em caso similar, nos Estados Unidos, o músico Adam Yauch (do trio de hip-hop Beastie Boys) deixou testamento proibindo a utilização de sua imagem ou obra em publicidade. O trecho do testamento, veiculado pela revista Rolling Stone, enuncia: "Não obstante qualquer disposição em contrário, em nenhuma circunstância minha imagem, nome, qualquer música ou qualquer propriedade artística criada por mim pode ser usada para fins publicitários" (CUBARRUBIA, RJ. "Adam Yauch's Will Prohibits Use of His Music in Ads". *Rolling Stones*. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/music/news/adam-yauchs-will-prohibits-use-of-his-music-in-ads-20120809>. Acessado em 29.4.2018). Sobre o tema, confira-se outra fonte: KENNEDY, Gerrick D. "Adam 'MCA' Yauch's will forbids use of Beastie Boys' music in ads". *Los Angeles Times*. Disponível em: <http://articles.latimes.com/2012/aug/10/entertainment/la-et-ms-adam-yauch-ads-beastie-boys-20120810>. Acessado em 29.4.2018.

autorize a reprodução da imagem de artista mediante hologramas. Mesmo que tal cartilha de intenções diminua o patrimônio dos herdeiros ou legatários, ao reduzir o potencial econômico de explorar a obra autoral, parece que deve prevalecer a vontade do testador, que enaltece sua personalidade, além de traduzir exercício de direitos morais do falecido – a quem o art. 20, parágrafo único, do Código Civil também resguarda direitos.

Questão mais delicada que pode ser colocada é de o testador impedir a circulação de obra intelectual, seja para (*a*) manter a obra inédita ou (*b*) para vedar completamente a cessão (ou renovação de cessão) de direitos da obra já em circulação[284]. O art. 24, § 1º, da Lei nº 9.610/1998 parece autorizar a primeira hipótese, ao transmitir aos sucessores o direito de conservar o ineditismo[285]. Na segunda hipótese, parece válida a restrição que se estabelece a herdeiros ou legatários sobre a parte disponível; mas, se vincular herdeiros necessários, parece recomendável estudar a restrição sob a perspectiva do art. 1.848 do Código Civil e exigir justa causa do testador para a validade da disposição[286].

---

[284] Ou ainda restringir a reprodução de suas obras pelos próprios herdeiros. Imagine-se que renomado pintor proíba os herdeiros de replicar suas obras (no suporte em que foram pensadas ou em qualquer outro) – para que não tenham o mesmo destino das obras do pintor Portinari, que passaram a ser replicadas por seus herdeiros, com selo de autenticidade, e vendidas a "*uma pechincha*" (HENRIQUE, Brás. "Vende-se Portinari por uma pechincha". O Estado de São Paulo. Disponível em: < http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,vende-se-portinari-por-uma-pechincha,393350>. Acessado em 29.4.2018).

[285] Na lição de Silmara Juny de Abreu Chinellato, com base em parecer oferecido ao filho e ao neto da viúva de Guimarães Rosa, o direito ao ineditismo não se presume, mas deve ser expresso pelo autor. Ainda, se os herdeiros se recusam a publicar obra inédita (que não teve publicação expressamente proibida pelo autor), haveria abuso de direito a autorizar ação civil pública, de forma que "razões estéticas e históricas legitimam o Poder Público a desapropriar as obras inéditas, caso haja resistência imotivada por parte das herdeiras, suas filhas, em autorizar-lhes a publicação" (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. "Obras póstumas e direito de autor". In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (coord.). *Direito civil*: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 506). Exemplo mundialmente famoso de (desrespeito ao) ineditismo imposto pelo testador envolve a obra de Franz Kafka, que deixou pedido de destruição de seus manuscritos inéditos ao testamenteiro Max Brod, o que não foi observado (BRANCO, Sérgio. "A natureza jurídica dos direitos autorais". *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-natureza-juridica-dos-direitos-autorais/>. Acessado em 29.4.2018). Embora o direito a manter obra inédita seja transferido aos sucessores, Ana Luiza Maia Nevares defende a ponderação entre a vontade do autor e o interesse social e cultural (NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 264-265). Sem dúvida, a conservação inédita de obras como as de Franz Kafka seria culturalmente sentida, mas nos parece que a personalidade do autor – que não pode ser repreendido pelo fato de ter conservado consigo o exemplar inédito até sua morte, ao invés de tê-lo destruído – deve ser respeitada, e "se o desrespeito ao desejo de Kafka 'deu certo', culturalmente falando, ele não pode servir de parâmetro, paradigma para todos os demais casos semelhantes possíveis de ocorrer no futuro" (MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.com.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf >. Acessado em 29.4.2018).

[286] A restrição imposta por cláusula de inalienabilidade abrange a disposição de bens por qualquer forma – no que se inclui a transferência de direitos autorais, por qualquer modalidade –, pois, justamente "o principal efeito da cláusula de inalienabilidade é a proibição de alienar o bem gravado, seja ele móvel, imóvel, fungível ou infungível, deixando-o indisponível. Assim, o adquirente do bem clausulado, em regra, fica impedido de transferi-lo a qualquer título, seja ele gratuito ou oneroso, em princípio, no todo ou em parte. Nesse diapasão, não o poderá

Questiona-se também a validade da disposição em que o testador exige que os herdeiros ou o testamenteiro contratem determinado advogado para atuar no inventário. Sobre a questão, o TJMG teve a oportunidade de julgar testamento em que Enio Linhares Cabral constituiu Honildo Amaral de Mello Castro como advogado do espólio e "assistente da testamenteira", responsável por, nas palavras do testador, "todos os atos do inventário, até a partilha final, estabelecendo desde já os honorários advocatícios à base de 1,5% incidentes sobre o valor total dos bens inventariados"[287].

A testamenteira Sofia Stransky, esposa do testador, não acolheu essa orientação e contratou outro advogado para ajuizar a ação de inventário. O advogado indicado no testamento, Honildo Amaral, manifestou-se nos autos do inventário e indicou que a ação deveria ser rechaçada por não observar a disposição testamentária.

O TJMG, entretanto, recebeu a cláusula como mera recomendação de Enio Linhares, sem obrigar os herdeiros, deixando, portanto, de pronunciar qualquer invalidade.

Seguindo o tema das restrições imposta por testamento – dessa vez em matéria societária –, o TJSP julgou nula disposição do testamento de Domingos Ferreira de Medeiros que impôs a indissolubilidade de sociedade limitada de que era sócio e cujas quotas destinava a seus herdeiros[288]. A cláusula testamentária determinava o seguinte acerca das quotas da sociedade Domingos Ferreira de Medeiros S/C Ltda.:

> [N]*ão seja dissolvida, enquanto sobreviver o seu último herdeiro filho, determina e declara ele testador que sejam gravadas com a cláusula de inalienabilidade, todas as suas cotas de capital na referida empresa Domingos Ferreira de Medeiros S/C Ltda. que serão transmitidas aos seus herdeiros filhos, na ocasião de seu inventário, ficando portanto, segundo sua vontade, gravadas tanto a parte disponível como a parte denominada legítima da herança. A inalienabilidade fica estipulada em caráter vitalício, devendo perdurar enquanto viver o seu último filho e herdeiro. Declara ainda ele outorgante testador que fica facultado a possibilidade de transferências de cotas de capital inventariadas, entre os herdeiros filhos, de forma que a Sociedade permaneça sempre em mãos de seus herdeiros; para o fiel*

vender, permutar ou doar, 'em outras palavras, não pode transferi-lo voluntariamente'" (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 484). No mesmo sentido, GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 186. Além disso, tem-se que a inalienabilidade pode ser parcial – e vedar apenas a alienação a certas pessoas – o que reforça a possibilidade de o testador indicar como quer destinar suas obras intelectuais (sobre a inalienabilidade parcial: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47).

[287] TJMG, 4ª CC, AI nº 17.115, Rel. Des. Freitas Barbosa, j. 11.8.1983. In: Jurisprudência brasileira. Testamento. Nº 81. Curitiba: Juruá, 1983, pp. 151-152.

[288] TJSP, 6ª CDPriv., AC nº 0068366-68.1998.8.26.0000, Rel. Des. Mohamed Amaro, v. u., j. 26.8.1999.

> *cumprimento da cláusula de inalienabilidade das cotas do capital social, ficam proibidas as alienações dos bens imóveis que integram o patrimônio da Agropecuária Domingos Ferreira de Medeiros*.

Diante do contexto, o TJSP entendeu que a vontade do testador não poderia prevalecer sobre a organização coletiva societária e que qualquer limitação a respeito deveria constar do contrato social. Declarou-se, portanto, nula a cláusula.

Diante desses exemplos, vê-se que o testamento é um espaço *quase* livre para o testador desenhar sua sucessão. Diz-se *quase*, pois há conteúdo extrapatrimonial que não cabe no testamento. São, por exemplo, "as declarações de vontade cujos efeitos suponham indefinidamente a continuação da vida do outorgante (v. g., o consentimento para a adoção) ou os atos unilaterais que se destinem a produzir efeitos *inter vivos* (v. g., a promessa unilateral de prestação não patrimonial)"[289].

Também não cabe ao testador desenhar cláusula que impede a ele mesmo, testador, de revogar o testamento em negócio futuro (uma "cláusula de não-revogação"). Essa "autolimitação é nula por força do [art. 1.858 do Código Civil] [...]. É norma de ordem pública em razão da essência do testamento"[290].

[289] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 202-203. Também: PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 157.

[290] É a passagem de José Fernando Simão (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.483). Nesse sentido, também Caio Mário da Silva Pereira afirma que "são consideradas especialmente como não escritas as chamadas cláusulas derrogativas ou derrogatórias, pelas quais o declarante por qualquer forma, direta ou indiretamente, contraria o princípio da revogabilidade do testamento ou dispensa nas suas solenidades. Tais disposições são nulas de pleno direito, por contrárias a preceitos que são de ordem pública" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 241). Confira-se também: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 326; e ANTONINI, Mauro. In: In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil comentado*. 8ª ed. Barueri: Manole, 2014, p. 2.075.

3. O PROBLEMA DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS DISCRIMINATÓRIAS OU QUE OFENDEM A ORDEM PÚBLICA

Diferentemente das nulidades que o Código Civil prevê de forma taxativa no regime geral do negócio jurídico (art. 166), bem como das condições ilícitas ou impossíveis, cuja invalidade também é expressamente determinada (art. 123), há casos em que uma disposição testamentária pode vir a afrontar valores caros ao ordenamento brasileiro a ponto de suscitar dúvidas sobre sua validade. Destacam-se, em especial, as *disposições discriminatórias* ou que *ofendem a ordem pública*.

Note-se, em primeiro plano, que não há regras *específicas* que apontem a nulidade de disposições testamentárias discriminatórias ou que ofendem a ordem pública. Além disso, o problema que se propõe envolve debater a discriminação ou contrariedade à ordem pública no *conteúdo* mesmo da disposição. Isto é: as linhas seguintes não analisam condições em sentido técnico (ou seja, condições suspensivas ou resolutivas contrárias à ordem pública), tampouco encargos com teor desse tipo; sobre isso, remete-se aos itens 2.3 e 2.4, respectivamente. A questão agora é outra: é saber se a disposição desejada pelo testador, o *mérito* da destinação patrimonial ou da declaração existencial da sua *última vontade*, está sujeita a uma filtragem valorativa baseada no princípio da não discriminação ou na ofensa à ordem pública.

Por outras palavras: a questão não é saber se é válido o legado sob a *condição* de o legatário publicar obra discriminatória ou ofensiva; é saber se o *legado em si* pode ser considerado inválido se tiver como beneficiário, por exemplo, entidade defensora de homofobia ou se pode contemplar exclusivamente os filhos homens, em sua parte disponível, alijando as filhas mulheres, pelo tão só fato de serem mulheres.

A ausência de norma a respeito, bem como a polêmica que cerca a questão, justifica o seu estudo em separado – e ela já está batendo às portas de nossos tribunais. Acredita-se ser preciso dar início ao trabalho de pautar dogmaticamente o exame da validade das disposições discriminatórias ou ofensivas à ordem pública à luz das normas de direito privado que proíbem tais condutas. O esforço, nesse particular, é entender em que ponto se encontra o debate sobre tais disposições – e, mais uma vez, em que ponto anda a sucessão testamentária brasileira na tensão entre a liberdade de testar e tendências coletivistas.

3.1. Disposições testamentárias discriminatórias

> "*Discriminar é algo errado do ponto de vista jurídico porque tal comportamento impede o gozo de direitos que possuem importância instrumental para uma vida integrada. Desvantagens impostas a grupos humanos dificultam a realização de objetivos centrais de todos os sistemas jurídicos democráticos: a emancipação humana*"[291].

Caso que chamou a atenção a respeito do tema foi decidido em Guaxupé, na região sul de Minas Gerais. Trata-se da sucessão de Lenira Faria Silva Barbosa.

Lenira foi casada com Orostrato Olavo e com ele teve três filhos: Olavo, Silvia e Maria Cristina. Silvia casou-se e teve três filhos (Flávia, César e Fabiana); Maria Cristina também casou-se e teve dois filhos (Sérgio e Thaís); já Olavo teve duas filhas frutos de relacionamentos "não maritais"[292] (Ana Caroline e Mariana).

Em 8.12.2004, Lenira confeccionou testamento e distribuiu toda a parte disponível em três legados: 1/3 para os netos Flávia, César e Fabiana (filhos de Silvia), 1/3 para os netos Sérgio e Thaís (filhos de Maria Cristina) e 1/3 para os netos Flávia, César, Fabiana, Sérgio e Thaís (filhos de Silvia e Maria Cristina). Nas palavras de Lenira: "se, à época do óbito da testadora, qualquer de seus netos (Flávia, Fabiana, César, Sérgio e Thaís), já houver falecido, o respectivo legado será atribuído a seu ou a seus respectivos irmãos"[293].

Nesse contexto, as netas Ana Caroline e Mariana, filhas de Olavo, ajuizaram ação ordinária para requerer sua inclusão no testamento de Lenira alegando que foram excluídas por discriminação, com fundamento na filiação "não marital"[294].

---

[291] MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 85.
[292] Nas palavras da sentença parcial (TJMG, 1ª Vara Cível de Guaxupé, Processo nº 0058435-49.2017.8.13.0287, juiz Milton Biagioni Furquim, j. 16.7.2018).
[293] Nos termos da sentença parcial.
[294] Destacou-se, na sentença parcial, que Ana Caroline e Mariana tiveram convívio com a testadora, demonstrado por fotos.

Em sentença parcial, o juiz Milton Biagogini Furquim reconheceu o direito de Ana Caroline e Mariana[295] sob 1/3 da parte disponível dos bens da testadora[296]. A sentença parcial referiu-se à constitucionalização do direito privado e à hierarquia das normas para afirmar, em síntese, que:

> *tivesse a testadora aquinhoado terceiros, ou apenas um ou dois entre seus tantos netos, nem se poderia cogitar da aplicação da tese da discriminação, pois então a escolha estaria despida da discriminação de que se cogita na espécie. No entanto, tendo havido a disposição testamentária em favor e em benefício de cinco dos sete netos, o princípio constitucional que impede a discriminação dos filhos para todo e qualquer fim, especialmente para fins sucessórios.* [...] [T]*al disposição testamentária contempla uns netos (no total de cinco), em detrimento de outras (as duas autoras), sabendo-se que a única distinção entre todos eles repousa no fato de que, aqueles, são fruto do casamento das filhas-mulheres da testadora, enquanto estas, são fruto de relação não matrimonial havida, pelo único filho-homem da testadora, com duas distintas pessoas.* [...] *No caso, o ato de discriminar uns netos dos outros, dentro da potestatividade ínsita do testador quanto à "parte disponível", encerra discriminação inconstitucional que se equipara ao próprio abuso de direito.* [...] *Nessas condições, é forçoso reconhecer o propósito discriminatório do testamento, em afronta ao disposto na nova ordem constitucional que não mais admite discriminação entre os filhos e, naturalmente, entre os filhos dos filhos, qualquer que seja a sua origem.* [...] *Entendo, que a faculdade de confecção de testamento e disposição da parte disponível não é livre e incondicional, até mesmo pela própria lógica estrutural normativa brasileira, de que, as normas de hierarquia inferior devem ser compatíveis com as normas de hierarquia superior, assim, as normas do Código Civil, devem ser harmoniosas entre si, e, com as Normas Constitucionais*[297].

O caso encerrou-se com homologação de acordo[298], mas deixou em pauta alguns questionamentos: há uma proteção, no Direito das Sucessões, contra a discriminação entre herdeiros ou legatários? Quais são os limites da liberdade de escolha do testador no contexto testamentário? Quais as consequências da previsão de cláusula discriminatória?

---

[295] A sentença parcial afastou a alegação de impossibilidade jurídica do pedido e afirmou o seguinte: "A última vontade da testadora (Lenira Faria), assim como todos os atos jurídicos, de esfera pública ou particular, devem ser compatíveis, com os instrumentos normativos de hierarquia superior, podendo sofrer controle de legalidade, supra legalidade e/ou constitucionalidade, assim, não reputo juridicamente impossível o pedido formulado pelas requerentes (Ana Caroline e Mariana Pasqua), por possuírem o direito de requerer ao Poder Judiciário, que verifique a legalidade e constitucionalidade, do testamento".

[296] A sentença parcial ainda condenou os netos Flávia, Fabiana, César, Sérgio e Thaís pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça – por não efetuarem o depósito judicial de frutos dos bens deixados pela testadora, conforme determinou decisão em sede de tutela de urgência – e aplicou multa de 1% sob o valor da causa.

[297] A sentença ainda reforça que "no seio da mesma família, por força da discriminação imposta, um verdadeiro abismo se formará entre os primos, uns milionários, e outras, em petição de miséria".

[298] Como se vê, em consulta ao site do TJMG, no andamento processual de 10.4.2019.

É sobre o que se passa a discorrer.

3.1.1. O problema da antidiscriminação como princípio do Direito Civil brasileiro

Discriminação é termo que comporta diversos significados[299]. Para este trabalho, vale esclarecer a diferença entre os seus significados de "linguagem comum" e "linguagem técnica"[300].

Na linguagem comum, discriminar significa "indicar de modo preciso", "pôr à parte, usando algum critério: especificar", "tratar de modo injusto e desigual uma pessoa ou um grupo de pessoas em razão de classe social, opção sexual, cor de pele, convicções religiosas, políticas etc."[301], diferenciar, distinguir, separar[302]. Discriminação é, portanto, a "capacidade de discriminar ou distinguir; discernimento" e um "ato contrário ao princípio de igualdade"[303].

Já na linguagem técnica jurídica, discriminação refere-se a "todas e quaisquer diferenciações, exclusões ou restrições vivenciadas por alguns grupos que tenham por fim, ou por efeito, impedir ou dificultar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício de direitos usuais da vida em sociedade, em igualdade de condições com terceiros"[304].

Nesse conceito jurídico de discriminação pode-se destacar "um *plus*" – que é a rechaça a grupo(s) social(is) "geralmente marginalizado ou vulnerável, ao que se impõe ou dificulta de fato o pleno exercício de seus direitos por suas *características inatas* ou *adquiridas*, à margem dos méritos ou dos comportamentos individuais"[305].

---

[299] O estudo da discriminação e do direito antidiscriminatório é amplo e profundo. Não se pretende, neste trabalho, tratar de todas as formas de discriminação, suas nuances e repercussões. Respeita-se o esforço de autores em pautar as questões de discriminação com comprometimento em vários espectros. Neste trabalho o estudo é pontual e, sabe-se, um tanto incipiente.

[300] Toma-se de empréstimo a narrativa adotada por Jorge Cesa Ferreira da Silva a respeito (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 7).

[301] Todos os significados em: Dicionário Michaelis. Editora Melhoramentos, 2019, versão eletrônica, disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=discriminar>, acessado em 17.4.2019.

[302] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

[303] Todos os significados em: Dicionário Michaelis. Editora Melhoramentos, 2019, versão eletrônica, disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=discriminar>, acessado em 17.4.2019.

[304] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 21.

[305] UBILLOS, Juan María Bilbao, Proibição de discriminação e relações privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 398.

Percebe-se que, a partir dos significados acima – tanto em linguagem comum quanto em linguagem técnica –, a discriminação atinge grupos de pessoas com determinadas características. Quais seriam, então, esses grupos discriminados?

A Constituição Federal, ao relacionar os objetivos da República, especifica o projeto de se promover o bem de todos "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV)[306]. No geral, pode-se indicar que o sistema legislativo brasileiro infraconstitucional confere especial proteção aos grupos de *negros*, *índios*, *mulheres*, *crianças e adolescentes*, *idosos* e *pessoas com deficiência*[307-308].

E essa proteção não se dá somente mediante tipos penais. O direito privado também trata da discriminação em alguns dispositivos, tais como a vedação à publicidade discriminatória no Código de Defesa do Consumidor[309]; a garantia da igualdade de direitos entre

---

[306] Em tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, outros termos relacionados à discriminação podem ser destacados: "'raça'; 'cor'; 'ascendência'; 'descendência'; ou 'origem nacional ou étnica'; 'sexo'; 'religião; 'opinião política' ou de outra natureza; 'origem social'; 'situação econômica'; 'nascimento'; 'deficiência'; 'idioma'; 'nacionalidade'; 'idade'; 'orientação sexual, identidade ou expressão de gênero'; 'identidade cultural'; 'nível educacional'; 'condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno'; 'característica genética'; 'estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso'; e 'condição psíquica incapacitante'" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 204-205).

[307] É o que se extrai a partir dos respectivos diplomas: Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 2010), Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 1973), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990), Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 2003), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 2015) e também os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.340, de 2006, que proíbe e previne a violência doméstica contra a mulher.

[308] Em vários outros países do mundo, também se pode falar em discriminação racial e de gênero. Apenas como exemplo de discriminação de gênero, na Inglaterra, a *Court of Appeal* julgou ilegal, por discriminação, uma política pedagógica de uma escola que separava meninos e meninas. Uma das três magistradas que decidiu o caso entendeu que "não é difícil concluir que nessas circunstâncias e contrariamente ao passado histórico e à realidade contemporânea das relações de gênero, não só na sociedade inglesa, mas também no contexto cultural e comunitário dessa escola em particular, a segregação sexual reforça estereótipos de gênero sobre inferioridade da mulher ou de seu papel percebido numa sociedade onde homens predominam no exercício do poder". No original: "*it is not difficult to conclude that in such circumstances, and against the background of the past history and current reality of gender relations, not only generally in UK society, but also in the cultural and community context of this particular School, segregation on grounds of sex necessarily endorses gender stereotypes about the inferiority of women or their perceived place in a society where predominantly men exercise power*" (COPSON, Andrew. Schools which gender discriminate should not be allowed to split in order to evade court ruling. *The Telegraph*. Publicado em 31.10.2017. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/education/2017/10/31/schools-gender-discriminate-should-not-allowed-split-order-evade/>. Acessado em 16.11.2019).

[309] É considerada abusiva a publicidade "discriminatória de qualquer natureza" (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). Diante disso, tem-se discutido a validade de cobrança diferenciada para homens e mulheres, por exemplo, em bares e restaurantes. Sobre o tema, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor emitiu nota técnica em 30.6.2017 (a Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON, referente ao processo nº 08012.001609/2017-25), vedando a prática de diferenciação de preços por considerar que a conduta viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Em 18.3.2019, contudo, o Ministério da Justiça editou nova nota técnica (a Nota Técnica nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, também referente ao processo nº 08012.001609/2017-25), afastando a anterior, por entender que não caberia ao órgão regulador realizar a ponderação entre legalidade e livre iniciativa, liberando, portanto, a prática de diferenciação de preço em razão do gênero. O STF deve julgar a matéria em breve (ARE nº 1.139.568/DF, Rel. Min. Celso de Mello). Em sentido

filhos previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente[310]; ou a vedação à cobrança de valores diferenciados por planos de saúde em razão da idade, prevista no Estatuto do Idoso[311], ou contra a pessoa com deficiência, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência[312].

Cumpre pontuar ainda a fronteira entre atos de discriminação *positiva* e *negativa*. Explica-se: na lição de Adilson Moreira, a discriminação *negativa* "procura manter certas classes de pessoas em uma situação de subordinação, propósito incompatível com o objetivo de se construir uma sociedade democrática" – é a discriminação contra negros, mulheres e LGBT+, por exemplo. Já a discriminação *positiva* "cria uma vantagem temporária ou permanente para membros de um determinado grupo que possuem uma história de desvantagem ou que estão em uma situação de vulnerabilidade"[313] – como as políticas de ações afirmativas. Essa distinção passa, portanto, por observar a dinâmica histórica e social do poder e, consequentemente, do *privilégio*[314].

Há uma diferença na lógica dos atos de discriminação positiva e negativa – inclusive no aspecto da igualdade – que se deve considerar: enquanto atos de discriminação negativa menosprezam a igualdade de determinados grupos socialmente subordinados (em relação aos grupos dominantes), atos de discriminação positiva tentam promover a igualdade desses grupos

---

semelhante, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor aplicou multa de R$ 7,5 milhões à empresa Decolar.com por diferenciar preços e ofertas a consumidores de diferentes regiões – prática conhecida como *geopricing* (Decolar.com é multada em R$ 7,5 milhões por diferenciar preço de acordo com região. Migalhas, publicado em 19.6.2018, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI282013,61044-Decolarcom+e+multada+em+R+75+milhoes+por+diferenciar+preco+de+acordo>. Acessado em 17.4.2019).

[310] Art. 20: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Em reforço à norma constitucional que prevê que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (art. 227, § 6º).

[311] Art. 15, § 3º: "É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade". Sobre o tema, o STJ já definiu que "da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual" (STJ, 2ª Seção, REsp nº 1.280.211/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 23.4.2014).

[312] Art. 23: "São vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive por meio de cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição".

[313] MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 31.

[314] O privilégio é "qualquer título, sanção, poder, vantagem ou direito garantido a um indivíduo por pertencer a um grupo ou grupos cujas características são representadas como ideais. [...] Homens brancos heterossexuais de classe alta se tornam, dessa forma, o grupo normativo pelo qual todos os outros grupos sociais passaram a ser comparados" (MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 147).

subordinados em relação aos dominantes. Não por outra razão, permite-se a discriminação positiva e proíbe-se a negativa – o que se vê, por exemplo, no reconhecimento pelo STF da constitucionalidade das políticas de ações afirmativas para ingresso nas universidades públicas[315].

Diante dessas manifestações legislativas, e a partir de uma análise dogmática do Direito Civil[316], Jorge Cesa Ferreira da Silva propõe o reconhecimento de um *princípio geral de antidiscriminação* no direito privado – dedicando-se, inclusive, a estudar suas feições no campo dos contratos.

De acordo com o autor, os fundamentos do Direito da Antidiscriminação[317] estariam "integrados nas seguintes noções: dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e inclusão social". A dignidade da pessoa humana, como fundamento da antidiscriminação, consiste no "valor fundante de todo o ordenamento jurídico", condensando ainda a "vedação ao *neminem laedere* e [a] garantia da própria autonomia privada"[318].

De se observar, também, que o atual direito privado parece apontar na direção de promover o desenvolvimento da *pessoa*[319], dentro de seu contexto social – com destaque para a promoção dos direitos fundamentais[320]. Entre nós, Judith Martins-Costa ressalta a necessidade de se compreender o Código Civil de 2002 mediante essa orientação:

---

[315] Trata-se da ADPF nº 186/DF, julgada pelo Tribunal Pleno do STF, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, por unanimidade, em 26.4.2012.

[316] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

[317] Por Direito da Antidiscriminação entende-se "a área do conhecimento e da prática jurídica relativa às normas, institutos, conceitos e princípios, relativos ao direito de igualdade como mandamento proibitivo de discriminação, aí incluídos os instrumentos normativos, nacionais e internacionais" (RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. "Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo". Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 22, n. 1, jan.-abr./2017, versão eletrônica, p. 131).

[318] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 157.

[319] Em texto de 1979, aplicável ao contexto atual, Ludwig Raizer afirma que "o direito privado se afirmará no futuro e se desenvolverá como um sistema aberto, móvel, de princípios jurídicos e institutos jurídicos, que não estão ligados a formas de sociedade historicamente em mudança, mas com a humanidade da pessoa" (RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica, v. 9, n. 25, 1979, p. 30).

[320] "O direito civil não é refratário a valores de cunho social e, tampouco, vinculado atavicamente à defesa de valores exclusivamente patrimoniais" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 218).

> *O novo Código Civil brasileiro está a requerer, de seus intérpretes, a compreensão da nova metodologia que enseja, embasada em uma diversa pré-compreensão do fenômeno jurídico. Essa pré-compreensão não é dada só por dados fáticos, mas por critérios de valor, que direcionam o exame do fato segundo a 'ética da situação'. Muito claramente sinalizados no novo Código Civil, penso que tais critérios indicam uma nova ideologia, abeberada, diretamente, nos Direitos Fundamentais*[321].

Está-se, portanto, na rota de colisão entre os princípios da liberdade[322] e da igualdade – situação para a qual doutrina e jurisprudência sugerem a adoção da técnica da *ponderação*[323].

E como essa técnica, por natureza, conduz a exames a serem realizados caso a caso[324], merece destaque o exame de precedente que gerou grande repercussão envolvendo a ponderação entre liberdade de expressão e a repulsa à discriminação: o julgamento pelo STF do conhecido caso Ellwanger.

Em síntese, Sigfried Ellwanger foi condenado pelo TJRS por crime de racismo ao escrever e publicar livros tidos como antissemitas. Ao julgar *habeas corpus*, o STF manteve a

---

[321] Ainda: "Se adotarmos a perspectiva teórica tratada pelo Código, a saber: se conectarmos a cláusula geral do art. 21, que delineia um modelo aberto de tutela, com a Constituição, o Código de Processo Civil e, eventualmente, leis especiais; se tivermos presente que sobrepaira, a quaisquer elencos legislativos que se possa fazer em matéria de Direitos da Personalidade, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana; então teremos como necessária consequência a inclusão de que o ordenamento não está cerrado na tutela de certas situações típicas, mas permite estender a tutela da Personalidade a situações atípicas que, no momento, talvez nem possamos imaginar, tamanha é a variedade e a grandeza das lesões à personalidade pelo poder econômico, pela razão instrumental e pela tecnociência" (MARTIS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e o direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 79; 82).

[322] Sabe-se, contudo, que a autonomia privada não é ilimitada Destaque-se que o negócio jurídico não é "mera expressão da autonomia individual, [...] é, na verdade, uma criação coletiva", de forma que "respeitá-lo é respeitar a sociedade" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 78).

[323] Não se trata, destaque-se, de aplicação da perspectiva de direito civil-constitucional, mas da dogmática do direito civil no contexto normativo contemporâneo. A técnica da ponderação tem sido frequentemente adotada pela jurisprudência do STF nos últimos anos e consiste no método adequado para enfrentar os dilemas derivados dos conflitos entre parâmetros de menor densidade normativa, como os princípios jurídicos. Em Portugal, a mesma conclusão acentua Joel Belchior da Silva: "o Código Civil Português, em consonância com a Constituição, regula através dos seus institutos jurídicos as principais consequências resultantes da discriminação. Não estamos perante um Direito Civil Constitucional, como alguns autores tanto apregoam como necessário, porém nada obsta a que o direito civil actual dê a devida resposta a inúmeros hipotéticos casos de discriminação" (SILVA, Joel Belchior da. A discriminação e o direito civil: breves notas sobre as consequências jurídicas da discriminação. *Jurismat*, Portimão, 2017, nº 10, p. 126).

[324] Nesta ponderação já se apontou ao menos três fatores a se considerar: "em primeiro lugar, a repercussão social da discriminação, a existência de um padrão de conduta generalizado ou bastante amplo, do ponto de vista sociológico. [...] Em segundo lugar, a posição dominante ou de monopólio da entidade discriminadora no mercado ou na sociedade [...]. E o terceiro fator a se valorar é o da possível afetação do núcleo essencial da dignidade ou da integridade moral da pessoa discriminada" (UBILLOS, Juan María Bilbao, Proibição de discriminação e relações privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 400-401).

prisão de Ellwanger, sob o pressuposto, nas palavras do Min. Cezar Peluso, de que "a discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre"[325]. A ementa do caso merece destaque:

> *Habeas-Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros 'fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).* [...] *12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.* [...] *No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.* [...] *Ordem denegada.*

Esse exercício de ponderação, contudo, não é tarefa simples. Por isso, a análise de comportamentos discriminatórios deve ser feita com cautela, em cada caso concreto, e mediante o uso de argumentação pautada em critérios fornecidos pelo direito positivo.

Trazendo o problema para o campo desse estudo – a sucessão testamentária –, a questão, como levantou Jorge Cesa Ferreira da Silva, "não é se a discriminação é boa ou ruim, mas, sim, onde fica a fronteira entre a discriminação *aceitável* e a *intolerável*"[326].

---

[325] STF, Tribunal Pleno, HC nº 82424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, j. em 17.9.2003. O caso levou 9 meses para ser concluído no STF. A decisão foi por maioria, de 7 votos a 3. Votaram pela concessão do habeas corpus os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Moreira Alves (relator). Votaram contra os Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. O caso foi interrompido e retomado com os o ingresso dos Ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. O Ministro Joaquim Barbosa não votou por ter assumido a vaga do relator do habeas corpus (Min. Moreira Alves).

[326] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 216.

3.1.2. O debate sobre as disposições testamentárias discriminatórias na experiência estrangeira

O debate sobre a inadequação de disposições testamentárias discriminatórias não é desconhecido da jurisprudência de diversos tribunais estrangeiros. O exame dos principais casos noticiados a respeito permite visualizar aparente tendência: os tribunais declaram *inaceitáveis* disposições que diminuem ou excluem oportunidades de grupos historicamente marginalizados; e mantêm aquelas que beneficiam grupos historicamente marginalizados ou favorecem a religião do testador (sem diminuir as demais).

Vejam-se, inicialmente, alguns casos dignos de nota em que não se prestigiaram cláusulas de teor discriminatório.

Precedente útil para ilustrar a complexidade da questão vem da experiência sul africana. Em abril de 1920, o Dr. Edmund William Scarbrow elaborou testamento com a seguinte sistemática: a partir do falecimento de sua esposa e de seus dois filhos sem que tivessem descendentes, o restante dos bens deixados por Edmund deveria ser destinado a um *trust*, o *Scarbrow Bursury Fund Testamentary Trust* ("*Scarbrow Trust*"). O *trust* teria como objetivo conferir bolsas de estudo a alunos da Universidade da Cidade do Cabo para continuarem seus estudos na Europa, nos Estados Unidos ou no Canadá.

No mesmo ano, Edward elaborou de próprio punho um novo instrumento ("*codicil*") para restringir os critérios de elegibilidade dos candidatos às bolsas de estudo. Nas palavras do testador, "pessoas de descendência judaica e do gênero feminino de qualquer nacionalidade não [seriam] elegíveis para competir em qualquer programa da Universidade da Cidade do Cabo em conexão com a [sua] herança"[327]. Além disso, os beneficiários deveriam ser descendentes de europeus, necessariamente.

Em 1969, o Conselho da Universidade da Cidade do Cabo informou ao *trustee*[328] a decisão de não aceitar o dever de administrar o *Scarbrow Trust* em razão das "condições

[327] No original: "*persons of Jewish decent (sic), and females of all nationalities, none of whom are to be eligible to compete for any Scholarships founded by the University of Cape Town in connection with my bequest*" (África do Sul, Western Cape High Court, Scarbrow Bursury Fund Testamentary Trust v. The Minister of Education (Case No 2544/04) j. em 24.3.2006. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2006/65.pdf>. Acessado em: 1.4.2019).

[328] Dr. Edmund faleceu em 1921 e seus filhos em 1953 e 1965, sem deixar herdeiros, o que levou à criação do Scarbrow Trust.

discriminatórias contidas no testamento"[329]. Em março de 2002, o *trustee* veiculou em jornal a oportunidade de bolsa de estudo nos termos no testamento, o que chamou a atenção do Ministério da Educação e deu origem a procedimento judicial.

Ao se ocupar do caso, a *Western Cape High Court* analisou o problema à luz da liberdade de testar, da ordem pública e do direito constitucional de igualdade[330]. Ao final, o Tribunal entendeu que a disposição testamentária deveria ser desconsiderada em razão da discriminação praticada[331], fazendo com que as expressões "exclusivamente de descendência europeia" e todo o teor restritivo dos critérios de elegibilidade fixados no *codicil* fossem desconsiderados do testamento[332]. Nas palavras da Corte:

---

[329] No original: "*In 1969, however, the council of the university decided, by reason of the discriminatory conditions contained in the will, that it could not accept the duty of administering the bursaries in question and informed the trustee of this decision*" (África do Sul, Western Cape High Court, Scarbrow Bursury Fund Testamentary Trust v. The Minister of Education (Case No 2544/04) j. em 24.3.2006. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2006/65.pdf>. Acessado em: 1.4.2019).

[330] Nas palavras do Tribunal: "Ao considerar questões de ordem pública para os propósitos do presente caso, portanto, o tribunal deve encontrar orientação nos 'valores constitucionais da dignidade humana, a conquista da igualdade e o avanço dos direitos humanos e liberdades, não-racismo e não-sexismo'" (tradução livre). No original: "*In considering questions of public policy for purposes of the present application, therefore, the court must find guidance in 'the founding constitutional values of human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms, non-racialism and non-sexism'*" (África do Sul, Western Cape High Court, Scarbrow Bursury Fund Testamentary Trust v. The Minister of Education (Case No 2544/04) j. em 24.3.2006. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2006/65.pdf>. Acessado em: 1.4.2019).

[331] Em síntese, o Tribunal afirmou que: "a condição que limita a elegibilidade para as bolsas a candidatos de 'ascendência europeia' constitui um caso de discriminação indireta com base na raça ou na cor. A exclusão de judeus e mulheres nos termos do codicilo, por sua vez, constitui discriminação direta com base no gênero e na religião. Tal discriminação, baseando-se em algumas das razões proibidas especificadas no artigo 9 (3) da Constituição, é, portanto, presumida como injusta, a menos que se estabeleça que a discriminação é justa". No original: "*Turning now to the contested provisions of the will, it appears to me that the condition limiting eligibility for the bursaries to candidates of 'European descent' constitute an instance of indirect discrimination based on race or colour. The exclusion of Jews and women in terms of the codicil, in turn, constitutes direct discrimination on the grounds of gender and religion. Such discrimination, being based on some of the prohibited grounds specified in s 9(3) of the Constitution, is therefore presumed to be unfair 'unless it is established that the discrimination is fair'*" (África do Sul, Western Cape High Court, Scarbrow Bursury Fund Testamentary Trust v. The Minister of Education (Case No 2544/04) j. em 24.3.2006. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2006/65.pdf>. Acessado em: 1.4.2019).

[332] Tendo o caso sido julgado na África do Sul, deve-se fazer a ressalva de que há uma lei – *Trust Property Control Act* (Lei 57 de 1988) – que confere poderes ao tribunal para alterar as disposições das regras do *trust* que contenham qualquer previsão que "dificulte a realização dos objetivos do fundador; prejudique os interesses dos beneficiários; ou esteja em conflito com o interesse público". É o trecho da Section 13: "Se um *trust* contiver qualquer disposição que produza consequências que, na opinião do tribunal, o fundador do *trust* não tenha contemplado ou não pudesse prever e que: (a) dificulte a consecução dos objetivos do fundador; (b) prejudique os interesses dos beneficiários; ou (c) esteja em conflito com o interesse público. O Tribunal pode, a pedido do *trustee* ou de qualquer pessoa que, na opinião do tribunal, tenha um interesse suficiente no *trust*, suprimir ou alterar qualquer disposição deste tipo ou tornar a disposição correspondente com qualquer ordem que tal tribunal considere justa, incluindo uma ordem pela qual o *trust* seja substituído por outra propriedade, ou uma ordem que encerre o *trust*". No original: "*If a trust instrument contains any provision which brings about consequences which in the opinion of the court the founder of a trust did not contemplate or foresee and which: (a) hampers the achievement of the objects of the founder; (b) prejudices the interests of the beneficiaries; or (c) is in conflict with the public interest. The Court may, on application of the trustee or any person who in the opinion of the court has a sufficient interest in the trust property,*

> *Essa conclusão não significa, evidentemente, que o princípio da liberdade de testar esteja sendo negado ou ignorado; simplesmente impõe uma limitação à liberdade de testar que existe desde tempos imemoriais. Também não significa que todas as cláusulas de testamentos ou* trusts *que diferenciam os diferentes grupos de pessoas sejam inválidas; simplesmente que as condições presentes – e que discriminam injustamente com base em raça, gênero e religião – são inválidas. Há muitos outros exemplos de diferenciação neste campo, que deverão ser considerados por outro tribunal em outra ocasião*[333].

Em contexto semelhante, a *Supreme Court of Appeal* da África do Sul decidiu, em setembro de 2012, o caso BoE Trust Limited. Nele, consta que Daphne Brice De Villiers elaborou testamento em julho de 2002, instituindo como herdeiros seus irmãos, sobrinhos e afilhado, mas uma parcela dos bens de Daphne De Villiers deveria integrar um *trust* constituído em nome do falecido marido da testadora – o químico Jean Pierre de Villiers[334].

O objetivo do *trust* era conferir bolsas de estudo a profissionais brancos com título de mestre em Química Orgânica concedido por universidade da África do Sul que desejassem

---

delete or vary any such provision or make in respect thereof any order which such court deems just, including an order whereby particular trust property is substituted for particular other property, or an order terminating the trust" (África do Sul, Trust Property Control Act, 1988 (Act 57 of 1988). Disponível em: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1988-57.pdf>. Acessado em 2.4.2019).

[333] No original: "*This conclusion does not, of course, mean that the principle of freedom of testation is being negated or ignored; it simply enforces a limitation on the testator's freedom of testation that has existed since time immemorial. It also does not mean that all clauses in wills or trust deeds that differentiate between different groups of people are invalid; simply that the present conditions – which discriminate unfairly on the grounds of race, gender and religion – are invalid. There are many other examples of differentiation in this field, which will have to be considered by another court on another occasion"* (África do Sul, Western Cape High Court, Scarbrow Bursury Fund Testamentary Trust v. The Minister of Education (Case No 2544/04) j. em 24.3.2006. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2006/65.pdf>. Acessado em: 1.4.2019).

[334] Diz a cláusula do testamento de Daphne De Villiers: "*3.6 The residue of my estate to my hereinafter appointed trustees, in trust, to be administered by them, in terms of the powers granted herein and for the following purposes: The trust shall be known as the 'Jean Pierre De Villiers Trust'. My trustees are empowered to use so much of the net income and, if found necessary, of the capital as they shall decide, to provide my retired domestic assistant Paulus Mpai (identity number 15431), with a monthly income of R300 (three hundred rand) during his lifetime. The remaining income shall be applied by my trustees for the provision of small bursaries to assist White South African students who have completed an MSc degree in Organic Chemistry at a South African University and are planning to complete their studies with a doctorate degree at a University in Europe or in Britain.* […] *In the event that it should become impossible for my trustee*[s] *to carry out the terms of the trust, I direct that the income generated by the trust be used annually to provide donations equal in size to each of the following charitable organizations*: […]" (África do Sul, Supreme Court Of Appeal Of South Africa, BoE Trust Limited No & others (846/11), j. 28.9.2012. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2012/147.pdf>. Acessado em: 2.4.2019). Tradução livre: "O restante do meu espólio para os meus doravante nomeados *trustees*, em *trust*, para ser administrado por eles, nos termos dos poderes aqui concedidos e para os seguintes propósitos: O *trust* será conhecido como a '*Jean Pierre De Villiers Trust*'. Meus *trustees* têm o poder de usar tanto quando necessário das receitas e, se necessário, do capital, para prover meu ajudante doméstico aposentado Paulus Mpai (número de identidade 15431) com uma renda mensal de R300 (trezentos rands) durante a sua vida. A renda restante será aplicada pelos meus *trustees* para a provisão de pequenas bolsas para ajudar estudantes sul-africanos brancos que concluíram um mestrado em Química Orgânica em uma Universidade da África do Sul e planejam concluir seus estudos com um doutorado em uma universidade na Europa ou na Grã-Bretanha. […] No caso de se tornar impossível para o meu *trustee* cumprir os termos do *trust*, eu oriento que a receita gerada pelo *trust* seja usada anualmente para fornecer doações iguais em tamanho a cada uma das seguintes instituições de caridade: [...]".

cursar doutorado em universidades europeias. Na *impossibilidade* de se concederem as bolsas de estudo, a testadora estabeleceu que os recursos do *trust* deveriam ser destinados a determinadas instituições beneficentes.

De acordo com o depoimento da irmã da testadora, relatado no acórdão do caso, Daphne De Villiers fora "alertada repetidamente" para eventual ineficácia da disposição em razão da especificidade discriminatória dos beneficiários, estudantes *brancos*.

Com o falecimento da testadora em fevereiro de 2006 e a implementação do *trust*, os *trustees* procuraram as universidades pertinentes para colocar em prática a oferta de bolsas de estudo planejada. As universidades, entretanto, se recusaram a oferecê-las no formato do testamento, isto é, apenas para estudantes brancos. Os *trustees*, então, pediram à *Western Cape High Court* para definir os termos do cumprimento do *trust*.

Uma vez recebendo o caso, a *Supreme Court of Appeal* da África do Sul entendeu que "a liberdade de testar, e os direitos subjacentes, não são absolutos"[335]. Ao final, decidiu que não era possível cumprir a vontade da testadora e, com isso, determinou a aplicação da segunda hipótese prevista no testamento: a oferta dos fundos a instituições beneficentes.

Curioso observar que situações semelhantes já haviam sido analisadas anteriormente em outros países da experiência anglo-americana.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte da Pensilvânia havia se debruçado, em abril de 1957, sobre o testamento de Stephen Girard, que previa a criação de um *trust* para a operação e manutenção de uma instituição educacional ("*college*"). O testamento, de 1831, previa que a instituição de ensino deveria admitir "a maior quantidade de *órfãos brancos pobres do gênero masculino*, entre 6 e 10 anos, adequada para a renda arbitrada"[336].

Em 1954, William Ashe Foust e Robert Felder, jovens negros, aplicaram para vagas na instituição e foram recusados. O caso chegou à Suprema Corte da Pensilvânia, que entendeu que "a recusa [do Estado] em admitir Foust e Felder na instituição porque eles eram negros foi

[335] No original, "*freedom of testation, and the rights underlying it, are not absolute*" (África do Sul, Supreme Court Of Appeal Of South Africa, BoE Trust Limited No & others (846/11), j. 28.9.2012. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2012/147.pdf>. Acessado em: 2.4.2019).
[336] No original: "*as many poor white male orphans, between the ages of six and tem years, as the said income shall be adequate to maintain*" (Estados Unidos da América, Supreme Court of Pennsylvania, Pennsylvania et al. V. Board of Directors of City Trusts of the City of Philadelphia (No 769), j. 29.4.1957. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep353/usrep353230/usrep353230.pdf>. Acessado em 2.4.2019).

discriminatória"[337]. Por consequência, determinou-se que Foust e Felder fossem admitidos na instituição de ensino.

Já na Inglaterra, a *Chancery Division* analisara, em 1965, testamento em que uma testadora, cuja identidade não consta dos comentários à decisão, previa sistema de bolsa de estudos, na *Royal College of Surgeons of England*, para alunos homens, britânicos, que não fossem das religiões católica e judaica[338]. A universidade não aceitou a sistemática e submeteu a matéria ao judiciário.

Em sua decisão, a *Chancery Division* reconheceu que "a discriminação racial e religiosa era amplamente considerada deplorável e estava preparada para descrever a exclusão, pela testadora, dos judeus e dos católicos romanos como 'incontestável' e 'indesejável'". Mas também entendeu que "isso era muito contrário a dizer que era contrária à política pública"[339].

Na prática, entretanto, a Corte entendeu que o testamento instituíra a *Royal College of Surgeons of England* como beneficiária essencial da intenção da testadora; assim, como a Universidade se recusou a cumprir as determinações da testadora, a disposição deveria ser adaptada à situação, desconsiderando-se a exclusão dos "judeus e não católicos romanos" dos critérios de elegibilidade para as bolsas.

Em comentário à decisão, P. S. A. Lamek opina que, em casos de disposições discriminatórias em *trusts* filantrópicos, deve-se fazer a seguinte pergunta: "à luz de todas as circunstâncias sociais e de todos os objetivos a serem alcançados, o elemento discriminatório

---

[337] No original, "*its refusal to admit Foust and Felder to the college because they were Negroes was discrimination by the State. Such discrimination is forbidden by the Fourteenth Amendment*" (Estados Unidos da América, Supreme Court of Pennsylvania, Pennsylvania et al. V. Board of Directors of City Trusts of the City of Philadelphia (No 769), j. 29.4.1957. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep353/usrep353230/usrep353230.pdf>. Acessado em 2.4.2019).

[338] No original: "*Paragraph (D) of clause 11 provided that to be eligible for such a studentship, a student should be 'of the male sex and a British born subject and not of the Jewish or Roman Catholic faith'*" (LAMEK, P. S. A.. "In Re Lysaght: Hill v. The Royal College of Surgeons, [1965] 3 W.L.R. 391". *Osgoode Hall Law Journal*, 4.1, 1966. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2418&context=ohlj>. Acessado em 2.4.2019). Em tradução livre, para ser elegível para tal bolsa, um estudante deve ser "do sexo masculino e um sujeito nascido britânico e não da fé judaica ou católica romana".

[339] Conforme comentários de P. S. A. Lamek. No original: "*racial and religious discrimination was widely regarded as deplorable and was prepared to describe the testatrix exclusion of Jews and Roman Catholics as 'unamiable' and 'undesirable' but considered that that fell very far short of saying it was contrary to public policy*" (LAMEK, P. S. A.. "In Re Lysaght: Hill v. The Royal College of Surgeons, [1965] 3 W.L.R. 391". *Osgoode Hall Law Journal*, 4.1, 1966. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2418&context=ohlj>. Acessado em 2.4.2019).

desse *trust* filantrópico é projetado para perpetuar o preconceito?"[340]. Na visão do autor, seria preferível "recusar o legado do que dar a bênção da sociedade e conferir benefícios substanciais a um esquema que só pode ser prejudicial à ordem pacífica e razoável da sociedade"[341].

Caso emblemático foi julgado no Canadá, pela *Court of Queen's Bench of New Brunswick*. O testador, Harry Robert McCorkill, elaborou testamento em abril de 2002, instituindo como único herdeiro a *National Alliance* – uma organização americana, criada em 1970, com ligação ao neonazismo, ao antissemitismo, à eugenia, à supremacia branca e à disseminação de ódio.

O testador faleceu em 2004 sem cônjuge, sem descendentes e com dois irmãos sobrevivos. O testamento foi questionado pela irmã do testador, Isabelle Rose McCorkill[342].

A Corte entendeu que as comunicações da *National Alliance* violariam a legislação nacional e tratados internacionais assinados pelo Canadá que promovem a dignidade humana, a igualdade e proíbem a discriminação baseada em elementos como raça e origem étnica. Reconheceu-se, portanto, ofensa à ordem pública no testamento de Harry Robert McCorkill. Consequentemente, a Corte invalidou o testamento e distribuiu os bens do testador entre seu parentes mais próximos[343].

Interessante notar a preocupação da Corte em prestigiar, como regra, a propriedade e a liberdade de testar, sem descurar de situações excepcionais como a do caso:

---

[340] No original: "*In the light of all the social circumstances and of all the purposes to be achieved, is the discriminatory element in this charitable trust designed to perpetuate prejudice?*" (LAMEK, P. S. A.. "In Re Lysaght: Hill v. The Royal College of Surgeons, [1965] 3 W.L.R. 391". *Osgoode Hall Law Journal*, 4.1, 1966. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2418&context=ohlj>. Acessado em 2.4.2019).

[341] No original: "*it is submitted that it is preferable to refuse the gift than to give society's blessing to and confer substantial benefits upon a scheme which can only be detrimental to the peaceful and reasonable ordering of society*" (LAMEK, P. S. A.. "In Re Lysaght: Hill v. The Royal College of Surgeons, [1965] 3 W.L.R. 391". *Osgoode Hall Law Journal*, 4.1, 1966. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2418&context=ohlj>. Acessado em 2.4.2019).

[342] O caso teve algumas intervenções, como a do Centro de Israel e Assuntos Judaicos (Centre for Israel and Jewish Affairs), a da organização judaica B'nai Brith, a Associação Canadense de Liberdade de Expressão (The Canadian Association for Free Expression).

[343] "*I further declare that as a result of this finding, there is an intestacy with respect to the residue of the estate of Harry Robert McCorkill and that the residue shall be divided amongst the next of kin of the said Harry Robert McCorkill in accordance with the Devolution of Estates Act, R.S.N.B. 1973 c.D-9, as amended*" (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial Division), McCorkill v. Streed, Executor of the Estate of Harry Robert McCorkill (aka McCorkell), Deceased, 2014 NBQB 148 (CanLII), j. em 5.6.2014. Disponível em: <http://canlii.ca/t/g8sgm>. Acessado em 4.7.2019).

> [A] *jurisprudência relativa a casos que são contrários à ordem pública remonta a 200 anos na tradição do* common law *inglês e há mais de um século apenas no Canadá. Apesar dessa longa história, dificilmente se pode dizer que houve um dilúvio de casos em que os tribunais intervieram em um patrimônio, em um* trust *ou mesmo em um contrato com base na ordem pública. Considero, portanto, que, embora a anulação de um legado com base no carácter do beneficiário seja, e continue a ser, uma solução invulgar, quando, como aqui, a razão de ser do beneficiário é contrária à ordem pública, é o remédio adequado*[344].

Vale dizer que a questão chegou, inclusive, ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)[345], ao revisitar a decisão do Tribunal Superior de Justiça de Andorra sobre a disposição testamentária de Carolina Pujol Oller.

Em seu testamento, Carolina Oller determinou o seguinte: "[q]uem aleg[ar] ser herdeiro legítimo deverá transmitir forçosamente a herança a um filho ou neto de *casamento legítimo e canônico*. E, se morrer sem filhos ou netos de *casamento legítimo e canônico*, passará a herança aos filhos ou netos dos substitutos vulgares antes mencionados"[346].

Ao morrer, a testadora deixou três filhos: Francesc-Xavier, Carolina e Sara. Francesc-Xavier era o primeiro beneficiário, quem deveria transmitir a herança a filho ou neto dele. Anos após a abertura da sucessão, Francesc-Xavier e sua esposa, casados sob as regras canônicas, adotaram Antoni Jésus. Em seguida, Francesc-Xavier declarou que Antoni Jésus era seu herdeiro – o que lhe conferia direitos sobre bens que Carolina Oller determinou que Francesc-Xavier entregasse a "netos de casamento legítimo e canônico".

---

[344] No original: "*Moreover, the jurisprudence concerning cases that are contrary to public policy goes back 200 years in the English common law tradition and more than a century in Canada alone. Despite that long history, it can hardly be said that there has been a deluge of cases where the courts have intervened in an estate or trust or even a contract on the grounds of public policy. I therefore find that while the voiding of a bequest based on the character of the beneficiary is, and will continue to be, an unusual remedy, where, as here, the beneficiary's raison d'être is contrary to public policy, it is the appropriate remedy*" (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial Division), McCorkill v. Streed, Executor of the Estate of Harry Robert McCorkill (aka McCorkell), Deceased, 2014 NBQB 148 (CanLII), j. em 5.6.2014. Disponível em: <http://canlii.ca/t/g8sgm>. Acessado em 4.7.2019).

[345] Os detalhes do caso estão disponíveis no site do Tribunal (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77362>).

[346] A cláusula foi reproduzida, no original, por Esther Arroyo I Amayuelas eDavid Bondia Garcia: "*Quien llegue a ser heredero legítimo deberá transmitir forzosamente la herencia a un hijo o nieto de legítimo y canónico matrimonio. Y si muere sin hijos ni nietos de legítimo y canónico matrimonio pasará la herencia a los hijos o nietos de los substitutos vulgares antes mencionados*" (AMAYUELAS, Esther Arroyo I; GARCIA, David Bondia. *¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos?* El caso Pla y Puncernau vs. Andorra (STEDH, 13 de julio de 2004)", p. 11. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1425341.pdf>. Acessado em 17.11.2019).

Com a morte de Francesc-Xavier, 46 anos após a abertura da sucessão de Carolina Oller, duas bisnetas de Carolina Oller (Immaculada e Carolina Serra Areny) ajuizaram ação em Andorra para questionar a aptidão de Antoni Jésus de se beneficiar dos bens deixados pela testadora.

Em resumo, o Tribunal Superior de Justiça de Andorra entendeu que Antoni Jesús não estava contemplado pelo testamento de Carolina Oller. Ao interpretá-lo, e considerando que a adoção era figura "praticamente inédita em Andorra"[347], o Tribunal não se convenceu de que a testadora decidira beneficiar netos havidos por adoção com a expressão "netos de casamento legítimo e canônico".

O caso chegou, então, ao TEDH que, por sua vez, considerou que o Tribunal Superior de Justiça de Andorra prestigiara leitura discriminatória ao julgar o caso[348]. Nas palavras do Tribunal, Antoni Jesús foi "discriminado quando o Supremo Tribunal de Justiça de Andorra interpretou a disposição testamentária da vontade da avó como incluindo apenas os filhos biológicos (violação do artigo 14, em conjunto com o artigo 8 da Convenção [Europeia de Direitos Humanos])"[349].

O TEDH, entretanto, deixou para decidir as consequências da discriminação em outro momento. Nesse contexto, as partes formalizaram um acordo em que o governo de Andorra se

[347] No original: "*Legal commentators with first-hand experience of Andorran life stress that adoption is practically unheard of in Andorra*" (França, TEDH, 4ª Seção, Pla dnd Puncernau v. Andorra, nº 69498/01. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106815>. Acessado em 13.12.2019).

[348] Registra-se que há reações contrárias à orientação do TEDH. Tais reações privilegiam a autonomia do testador, na liberdade de (para) testar, e chegam a afirmar que "quando se testa, infalivelmente, se descrimina". Além disso, diz-se que "a discriminação vedada ao poder legislativo e ao poder judiciário não é vedada aos particulares" e, portanto, "o testador, no exercício de sua liberdade pessoal, poderá discriminar sem que isso implique em uma violação ao artigo 14 do CE [Constituição da Espanha]". No original: "*Ya que cuando se testa, indefectiblemente, se discrimina*. […] [L]*a discriminación vedada al poder legislativo y al poder judicial, no lo está a los particulares.* […] [E]*l testador en el ejercicio de su libertad personal, podrá discriminar sin que ello implique una contravención del art. 14 CE*" (ROSÉS, Fernando Carol. Libertad para testar y libertad de testar. La eficacia inter privados del principio de no discriminación. In: MOTA, Helena; GUIMARÃES, Maria Raquel (coord.). *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 496). O art. 14 da Constituição da Espanha aponta que: "[o]s espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social" (no texto original: "[l]*os españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*"). Também o art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos dispõe que "[o] gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação".

[349] É o trecho da decisão proferida em 14.9.2011 (França, TEDH, 4ª Seção, Pla dnd Puncernau v. Andorra, nº 69498/01. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106815>. Acessado em 13.12.2019).

comprometeu a pagar € 980.000,00 aos herdeiros de Antoni Jesús, que faleceu no curso do processo[350].

Merecem destaque também três casos em que os tribunais canadenses entenderam que a cláusula discriminatória era válida.

Em 1996, a *Prince Edward Island Supreme Court* analisou o testamento em que Eliza Jane Ramsden legou quantia à *University of Prince Edward Island* com o propósito de instituir bolsas de estudos nos nomes da testadora e de seu falecido marido – a bolsa de estudos A. G. e Eliza Jane Ramsden – destinada a estudantes da religião protestante, preferencialmente os estudantes que demonstrassem interesse para atuar como ministros de culto[351].

Mas, tendo em vista que o regulamento da universidade determinava que "nenhum teste religioso deve ser requerido a nenhum [...] estudante da universidade"[352], a Corte decidiu que os executores do testamento deveriam buscar outra organização, a ser aprovada pela Corte, para administrar as bolsas de estudo em substituição à *University of Prince Edward Island*. Ou seja,

---

[350] Conforme se afirmou na decisão proferida em 14.9.2011 (França, TEDH, 4ª Seção, Pla dnd Puncernau v. Andorra, nº 69498/01. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106815>. Acessado em 13.12.2019).

[351] Diz a cláusula do testamento de Eliza Jane Ramsden: "Para pagar ao Conselho da Universidade de *Prince Edward Island* metade do restante de meu patrimônio geral com o objetivo de fundar, na referida Universidade, como um memorial para meu falecido marido e para mim, uma ou mais bolsas de estudo a serem conhecidas como 'bolsa de estudos A.G. e Eliza Jane Ramsden', conforme o caso, a receita anual líquida desse fundo a ser concedida anualmente aos estudantes protestantes, os valores, condições e beneficiário de tais Bolsas de Estudo a serem determinados periodicamente e da maneira que o Conselho pode direcionar. Não obstante o acima exposto, é meu desejo expresso que a Universidade, ao conceder tais prêmios, leve em consideração as necessidades e exigências financeiras dos estudantes e também daqueles que são mais merecedores, mas não necessariamente de acordo com o mérito acadêmico. Desejo ainda que a Universidade dê preferência, se possível, aos estudantes que pretendem ingressar no campo do ministério". No original: "*(f) To pay to the Board of Governors of the University of Prince Edward Island one-half of the rest and residue of my general estate for the purpose of founding in the said University as a memorial to both my late husband and myself, one or more University scholarships, or bursaries, to be known as 'A.G. and Eliza Jane Ramsden' Scholarship or Bursary, as the case may be, the net annual income from this fund to be awarded to protestant students annually, the amounts, conditions, and recipient of such Scholarships or Bursaries to be determined from time to time and in such manner as the Board may direct. Notwithstanding the foregoing, it is my express wish and desire that the University shall, in making such awards, take into consideration the financial needs and requirements of students and also those students who are most deserving but not necessarily in accordance with academic merit. I further wish the University to give preference, if possible, to students intending to enter the field of ministry*" (Canadá, Prince Edward Island Supreme Court - Trial Division, Ramsden (Estate of), 1996 CanLII 3709 (PE SCTD), j. 14.5.1996. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1c8zs>. Acessado em 4.7.2019).

[352] No original: "*The government, management and control of the University shall be non-denominational and non-political and no religious or political tests or religious observance shall be required of any officer, member of the teaching staff, employee, or student of the University*" (Canadá, Prince Edward Island Supreme Court - Trial Division, Ramsden (Estate of), 1996 CanLII 3709 (PE SCTD), j. 14.5.1996. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1c8zs>. Acessado em 4.7.2019).

o Tribunal não invalidou a disposição testamentária em razão do critério escolhido por Eliza Jane.

Anos após, em janeiro de 2000, a *British Columbia Supreme Court* foi chamada a se manifestar sobre o testamento de Florence Gertrude McConnell – que nomeara a *University of Victoria* como *trustee* para proporcionar auxílio a estudantes praticantes da religião católica romana. No caso, o Tribunal não enxergou invalidade no fato de a testadora escolher a bolsa de estudos para estudantes devotos à sua religião[353].

Mais recentemente, em fevereiro de 2015, a *Court of Queen's Bench of Manitoba* julgou caso envolvendo o testamento da Dra. Esther G. Castanera. O testamento, elaborado em 1991, determinou a: (*a*) distribuição de dois legados módicos a uma sobrinha e um(a) amigo(a) da testadora; (*b*) entrega de 50% residual dos bens (após os legados) à Universidade de Manitoba para que fossem conferidas bolsas de estudo a mulheres que finalizassem o estudo no *Streibach College Institute* e desejassem estudar ciências[354]; e (*c*) entrega de 50% residual dos bens (após os legados) à Universidade de Califórnia – Berkeley para que fossem conferidas bolsas de estudo a mulheres que desejassem fazer doutorado no departamento de bioquímica[355].

---

[353] Canadá, British Columbia Supreme Court, Estate of F.G. McConnell, 2000 BCSC 445 (CanLII), j. em 13.3.2000. Disponível em: <http://canlii.ca/t/52rf>. Acessado em 7.4.2019. O testamento determinou dois legados: "(vii) para transferir e entregar uma (1) de tais ações iguais à Universidade de Victoria, como bolsista de um estudante católico praticante no terceiro ou quarto ano de Educação; (viii) para transferir e entregar uma (1) de tais parcelas iguais à Universidade de Victoria, para que uma bolsa em música seja dada a um estudante católico romano, preferencialmente interessado na liturgia da Igreja Católica Romana" (tradução livre). No original: "*(vii) to transfer and deliver one (1) of such equal shares to the University of Victoria, as a bursary for a practicing Roman Catholic student in the third or fourth year of Education; (viii) to transfer and deliver one (1) of such equal shares to the University of Victoria for a bursary in music to be given to a Roman Catholic student preferably interested in the liturgy of the Roman Catholic Church*".

[354] É o trecho do testamento "Dou e lego os 50% restantes de minha propriedade para a Universidade de Manitoba, em Winnipeg, Canadá, para bolsas de estudos na Universidade de Manitoba para mulheres necessitadas e qualificadas formadas pelo *Steinbach Collegiate Institute*, que queiram estudar bacharelado em Ciências com especialização em uma das ciências básicas de química, física, matemática, bioquímica ou biologia molecular. Este legado será conhecido como '*Esther G. Castanera Scholarship Fund*'. Ele será administrado sob as condições que o corpo diretivo da Universidade de Manitoba prescrever" (Canadá, Court of Queen's Bench of Manitoba, Re The Esther G. Castanera Scholarship Fund, 2015 MBQB 28 (CanLII), j. 23.2.2015. <http://canlii.ca/t/ggmdz>. Acessado em 3.4.2019). No original: "*I give, devise and bequeath the remaining fifty percent (50%) of my residuary estate to the University of Manitoba, Winnipeg, Canada for scholarships at the University of Manitoba for needy and qualified women graduates of the Steinbach Collegiate Institute who will study for a Bachelor of Science degree with a major in one of the basic sciences of chemistry, physics, mathematics, biochemistry or molecular biology. This bequest shall be known as the 'Esther G. Castanera Scholarship Fund.' It shall be administered upon such conditions as the governing body of the University of Manitoba shall Prescribe*".

[355] A disposição, em tradução livre, é: "[os demais 50% dos bens deixo à] Universidade de California Berkeley Foundation para ser usado para bolsas de estudos para mulheres graduadas que visem a um doutorado no Departamento de Bioquímica no *campus* de Berkeley da Universidade da Califórnia" (Canadá, Court of Queen's Bench of Manitoba, Re The Esther G. Castanera Scholarship Fund, 2015 MBQB 28 (CanLII), j. 23.2.2015. <http://canlii.ca/t/ggmdz>. Acessado em 3.4.2019). No original: "*The other 50% of her residue was left to 'the University of California Berkeley Foundation to be used for fellowships for qualified graduate women students*

No caso, a principal questão era saber se a disposição do testamento de Castanera violara o Código de Direitos Humanos de Manitoba ou a ordem pública canadense. Para o Tribunal, tal análise deve ser casuística e levar em consideração, por exemplo, "o histórico e a motivação do testador"[356]. Reconheceu-se, portanto, que "as possibilidades do que um tribunal pode achar ofensivo são *ilimitadas* e, sem dúvida, *mutáveis*"[357].

Ao final, a *Court of Queen's Bench of Manitoba* declarou válida a disposição, afirmando, em síntese, que:

> *O princípio geral parece ser que, quando a discriminação em relação a* trusts *de caridade não é motivada por princípios repugnantes para a sociedade atual e, certamente, quando fatores históricos justificam a discriminação, as disposições serão respeitadas na forma como foram redigidas. Os tribunais ainda valorizam a liberdade testamentária e, quando possível, desejam fornecer ao testador a garantia de que sua liberalidade será tratada da maneira prevista por ele*[358].

3.1.3. O debate sobre as disposições testamentárias discriminatórias no direito brasileiro

O tema também não é desconhecido da doutrina e da jurisprudência brasileiras, embora não esteja contemplado na nossa legislação.

No Livro das Sucessões no Código Civil, de fato, não há um dispositivo que proíba expressamente a discriminação. Ao contrário, a sucessão testamentária é regida pelo princípio

working toward a doctoral degree in the Department of Biochemistry at the Berkeley campus of the University of California'".

[356] No original: "*with an individual assessment of factors, such as the history or motivation of the giftor*" (Canadá, Court of Queen's Bench of Manitoba, Re The Esther G. Castanera Scholarship Fund, 2015 MBQB 28 (CanLII), j. 23.2.2015. <http://canlii.ca/t/ggmdz>. Acessado em 3.4.2019).

[357] No original: "*the possibilities of what a court might find offensive are limitless and, undoubtedly, mutable*" (Canadá, Court of Queen's Bench of Manitoba, Re The Esther G. Castanera Scholarship Fund, 2015 MBQB 28 (CanLII), j. 23.2.2015. <http://canlii.ca/t/ggmdz>. Acessado em 3.4.2019).

[358] No original: "*The general principle seems to be that where discrimination with respect to charitable trusts is not motivated by principles repugnant to present-day society, and certainly where historical factors justify the discrimination, the provisions will be respected as drafted. The courts still value testamentary freedom and, where possible, wish to provide a testator with the assurance that their gift will be treated in the manner anticipated by them*" (Canadá, Court of Queen's Bench of Manitoba, Re The Esther G. Castanera Scholarship Fund, 2015 MBQB 28 (CanLII), j. 23.2.2015. <http://canlii.ca/t/ggmdz>. Acessado em 3.4.2019).

da liberdade de testar[359], que já é naturalmente mitigado pela legítima dos herdeiros necessários[360].

O debate deve ser pautado, portanto, na tensão entre a liberdade de testar e a aplicação dos direitos fundamentais, especialmente da igualdade, em uma análise sistemática do direito privado[361]. E algumas vozes já vêm se manifestando sobre as cláusulas discriminatórias entre nós.

Ao abordar a capacidade sucessória passiva da prole eventual, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka critica condições discriminatórias apostas, no contexto do art. 1.799 do Código Civil, se o testador "submeter a deixa à condição de ser o filho esperado um varão ou uma criança do sexo feminino, ser filho biológico ou adotivo". Nos dizeres da autora, "condição desse jaez é inconstitucional por representar discriminação [...], havendo-se por não escrita qualquer condição de natureza discriminatória"[362].

Em sentido ligeiramente contrário, a III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado nº 268, com a seguinte redação: "nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva".

---

[359] "O princípio da liberdade testamentária é circunscrito pelo da autonomia privada [...]. É mais ampla a autonomia privada em relação à liberdade testamentária, não sendo expressões sinônimas" (NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: noções e princípio fundamentais. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coord.). *10 anos do Código Civil*: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 832).

[360] A liberdade de testar já é restrita à metade em razão da opção legislativa que contempla a solidariedade familiar através da sucessão legítima. Sobre o tema, brevemente, Giovani Ettore Nanni: "Cuida-se, portanto [a categoria de herdeiros necessários], de uma clara limitação na autonomia testamentária justificada pela solidariedade familiar e que objetiva acima de tudo resguardar os seus interesses" (NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: noções e princípio fundamentais. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coord.). *10 anos do Código Civil*: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 834).

[361] E essa tarefa é especialmente delicada porque o campo do direito privado é aquele em que mais se busca proteger a autonomia privada, sobretudo no campo das escolhas existenciais. Nas palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva, "a discussão trazida pela antidiscriminação no Direito Privado pode estabelecer – e não raro se estabelece – em um mesmo plano existencial. Trata-se aqui, entre milhares de outros casos possíveis, da liberdade do testador de escolher aquele filho, ou aquela instituição que a seus olhos – e só a seus olhos – merece receber parte de sua herança, ou o direito de doar patrimônio para associações que professam ideários misóginos, ou do direito de ingresso em associações essencialmente segregacionistas, como aquelas que se fazem restritas a homossexuais. Sem dúvida, a liberdade típica do Direito Privado não é apenas a liberdade econômica, mas sobretudo uma liberdade da inconsequência responsável, pela qual, dentro de limites muito amplos, o agente pode realizar suas escolhas de modo injustificado, desde que assuma os efeitos disso decorrentes" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 110).

[362] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94.

Indo além das condições em sentido estrito, e ingressando no exame do mérito da própria disposição testamentária, Claudio Luiz Bueno de Godoy também repudia escolhas discriminatórias do testador, *inclusive sobre a parte disponível*, destacando que:

> *Avulta como garantia de relações solidárias e de promoção da dignidade humana, exigência, toda ela, da Constituição Federal (arts. 1º e 3º), o princípio da igualdade, também incidente sobre as relações privadas e que, no quanto aqui interessa, por exemplo, não permite* [...] *que o testador beneficie um só herdeiro necessário, com bens de sua parte disponível, mas por motivo discriminatório, como seria se testasse a seus filhos homens, apenas por essa condição*[363].

Em linha semelhante, Ana Luiza Maia Nevares entende que as disposições testamentárias cujos motivos discriminatórios integrarem seu conteúdo expresso refletem objeto ilícito[364]. A autora ressalta a importância da liberdade de testar, mas adverte sobre o texto constitucional:

> *É inegável que escolher a pessoa a ser contemplada no testamento é ato da mais absoluta liberdade e, em tese, não pode haver restrição quanto a esta escolha individual, tal como não há para as escolhas quanto a pessoas que receberão liberalidades em vida, quanto ao cônjuge ou companheiro, quanto aos amigos e sócios. Em outras palavras, trata-se de uma escolha oriunda dos mais íntimos sentimentos das pessoas e não podem ser, portanto, valoradas. Entretanto, o que se discute aqui é o fato de o testador justificar a escolha, ou seja, apresentar os seus motivos expressamente no ato de última vontade, sendo estes pautados por uma discriminação peremptoriamente vedada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Nestes casos, ter-se-á uma deixa testamentária que contém objeto ilícito (CC/02, art. 166, II), devendo, neste caso, ser considerada não escrita a eleição de natureza discriminatória, quando for possível aproveitar ao máximo as disposições testamentárias.*

[363] Prossegue o autor: "O artigo [1.849], a rigor, repete a regra contida no artigo 1.724 do Código Civil de 1916 e reforça a possibilidade de que o testador, quanto à parte disponível da herança, a destine conforme sua vontade, expressão de sua autonomia privada, aquinhoando inclusive qualquer dos herdeiros necessários, agora incluindo o cônjuge, sem que semelhante disposição prejudique a legítima que lhes está reservada. É bom apenas não olvidar, coerente com o novo paradigma que inspira o Código Civil de 2002, pautado, como se sabe, no princípio, além da operabilidade e eticidade, mas da socialidade, mercê do qual se supera a feição individualista do sistema anterior para se reconhecer uma função social, e não só individual, aos institutos jurídicos, que prestigie valores sociais básicos, que a autonomia privada deve ostentar um conteúdo que a faça merecedora da tutela jurídica, e isto desde que seu exercício, ademais da natural procura da consecução de interesses individuais, também atenda a prossecução de interesses heteroindividuais, chamados coessenciais, neste passo funcionalizados à realização, também de um programa axiológico, basicamente imposto pela Constituição Federal" (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 744-745).

[364] NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 230.

Caminhando no mesmo sentido, ao comentar o exame da justa causa nas cláusulas restritivas de propriedade apostas pelo testador à sua herança, Cristiano Pretto reforça que não se deve prestigiar disposições discriminatórias:

> [O] *ordenamento exige que se justifique essa vontade, por meio de uma causa objetivamente justa, ou seja, que não viole o ordenamento (por exemplo, que vedem a liberdade de escolha da crença religiosa; que se justifiquem em posições racistas; que contrariem o princípio fundamental da igualdade entre os sexos; que desconsiderem qualquer liberdade individual, como orientação sexual, atividades intelectuais, entre outras)*[365].

Entre os autores portugueses, e especificamente sobre o negócio testamentário, Paulo Mota Pinto entende que "não pode considerar-se que ao testador seja lícito determinar o conteúdo das disposições de última vontade ofendendo, por exemplo, a proibição de discriminação em razão da origem étnica"[366]. Para o autor, "importa referir como sanção a nulidade dos negócios jurídicos discriminatórios – dos celebrados em violação da proibição de discriminação (com um conteúdo discriminatório ou fixado em violação da proibição de discriminação)" – nulidade essa que se justifica, na sua visão, por serem esses atos "contrários à lei ou, pelo menos, à ordem pública"[367].

Nota-se ainda, e indo além da opinião de Ana Luiza Maia Nevares, que o autor não exclui a hipótese de se invalidar a disposição mesmo sem menção expressa do motivo discriminatório, se for possível identificá-lo por outros meios[368].

---

[365] PRETTO, Cristiano. Redescoberta da personalidade e testamento. *Revista IBDFAM Família e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 18, 2016, p. 124.

[366] Ainda, nas palavras do autor: "Pode considerar-se problemático que o testamento seja um daqueles actos cujos efeitos se projectam apenas sobre o agente, em relação aos quais a liberdade de motivação deve ser total. Trata-se, é certo, de um acto pessoal, mas os seus efeitos destinam-se a valer sobre outras pessoas – aliás, por definição, projectar-se-ão apenas sobre outras pessoas, e não sobre o autor da discriminação, pois se trata de um acto *mortis causa*. E estes efeitos é que são relevantes para averiguar a ilicitude da diferenciação. Destinando-se o acto testamentário a repercutir a sua eficácia sobre terceiros, a introdução de diferenciações como as que estão em causa na esfera dos destinatários – mesmo na família – significaria a importação de estigmas externos para o interior desta [...]. Afigura-se-nos defensável, pois, que, no caso de um filho ser expressamente prejudicado (ou beneficiado) por causa, p. ex., da sua cor, ou de ter nascido dentro ou fora do casamento, a menção destas características como critério do testamento seja ilícita, mesmo que o prejudicado seja já herdeiro legitimário" (PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação – algumas notas. In: Tribunal Constitucional. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 354).

[367] "Não fica, porém, excluída a possibilidade de redução teleológica do negócio, nem o direito da contraparte discriminada de optar pela nulidade total ou de se afastar do negócio devido à discriminação" (PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação – algumas notas. In: Tribunal Constitucional. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 362-363).

[368] Nas palavras do autor: "Não conseguimos, porém, dissipar todas as dúvidas sobre o ponto, nem, sequer, parece de excluir que um resultado substancialmente semelhante acabe por poder ser alcançado, nalguns casos, sem menção do critério discriminatório (pela identificação dos sucessíveis em causa pelo nome)" (PINTO, Paulo Mota.

No mais, o mesmo Paulo Mota Pinto considera justificável a discriminação em benefício de grupos historicamente marginalizados – o que parece confirmar a tendência da jurisprudência estrangeira vista no item anterior. Veja-se:

> *A discriminação é igualmente justificável pelo cumprimento de deveres de proteção de minorias* [...]. *Para além dessa possibilidade geral de 'discriminação positiva', é evidentemente lícita a mera opção no sentido de uma protecção especial concedida individualmente a uma pessoa que dela careça, desde que, pelos efeitos que tem sobre os restantes visados, não seja desproporcionada – é o caso, do testamento feito a favor apenas de uma filha, de um deficiente, ou de uma membro de outra minoria, desde que carecido de protecção*[369].

A questão tem chegado aos poucos em nossos tribunais.

O STJ chegou a tangenciá-la em 2002, ao analisar o testamento de Rivadávia Fonseca de Macedo, que instituiu como legatários de seus bens os "*filhos legítimos* do [neto do testador] Rivadávia de Macedo Neto, inclusive os que [vierem] a nascer"[370]. O neto do testador, Rivadávia de Macedo Neto, casou-se e teve um filho, Carlos Roberto. Tempos depois, Rivadávia Neto separou-se de fato e teve outros dois filhos, antes do divórcio, Luiz Henrique e Alice. Em sobrepartilha, o TJPR incluiu no legado os três netos do testador. Contrariado, o neto Carlos Roberto ajuizou medida para ser reconhecido como único legatário, ao entender que seria o único "filho legítimo" de Rivadávia Neto, nos dizeres do testamento. Por maioria, a 4ª Turma do STJ entendeu que o legado deveria ser atribuído a todos os bisnetos do testador (havidos ou não do casamento do neto indicado pelo testador), mediante interpretação do testamento a partir do "encadeamento dos fatos, como a época em que produzido o testamento, a formação cultural do testador, [e suas] condições familiares". Destaca-se o voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que chegou à mesma conclusão por outro fundamento. Disse o Ministro:

> *A força constitucional, penso, atua também sobre a vontade da parte, de forma que aquela distinção feita pelo testador - acredito que com a intenção manifesta de discriminar - hoje não prevalece. Não porque se deva interpretar*

Autonomia privada e discriminação – algumas notas. In: Tribunal Constitucional. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 354).

[369] PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação – algumas notas. In: Tribunal Constitucional. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 358. Para mais sobre o tema, confira-se: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A discriminação no direito brasileiro (breve incursão pelo Direito Internacional Privado). In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (coord.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 279-300; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Padma, v. 10, abr.-jun./2002, pp. 135-155.

[370] O testamento foi elaborado em 26.9.1975 e o testador faleceu em 23.6.1976 (STJ, 4ª T, REsp nº 203.137/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 26.2.2002).

> *o testamento de um modo ou de outro, mas porque a Constituição não faz a distinção, tornando-a ilícita.*

O caso chegou ao STF, que deixou de conhecer o recurso extraordinário por ausência de discussão prévia sobre questão constitucional, considerando que a passagem referida do Min. Ruy Rosado de Aguiar não era suficiente para preencher o requisito recursal[371].

Outra disputa de que se tem notícia tratou do testamento de Juarez Martins, julgado na origem pelo TJPR e, posteriormente, em 2019, pelo STF. O pouco que se sabe do caso, cujos documentos públicos são limitados em razão do segredo de justiça, permite afirmar que o testamento de Juarez Martins legou a parte disponível dos bens do testador ao filho Manoel, em detrimento de suas três filhas. As filhas do testador, então, reclamaram a deixa e lançaram o argumento de que a disposição em benefício de Manoel era discriminatória.

Ao analisar o contexto, o TJPR afastou a alegação das filhas do testador e entendeu que, no caso, não havia provas de que o intuito do testador era o de promover a discriminação em razão do gênero de seus filhos. Na análise do Tribunal:

> *Embora o questionamento seja dirigido à sentença, a rigor a pretensão é de invalidação do testamento por ter a vontade do testador infringido os arts. 5º, inciso I, e 227, § 6º, da Constituição Federal e 1.596 do Código Civil, por violação ao princípio da igualdade dos filhos quanto ao gênero e origem.* [...] [A] *sentença, a rigor, não se fundamenta no gênero, mas nos predicados do filho: "era seu filho homem quem estava ao seu lado para lhe auxiliar na construção do patrimônio. Isso está muito claro quando o juízo* a quo *repele a proposta de que a gratidão do pai fosse ofuscada por um "pensamento machista e/ou injusto".* [...] [N]*ão é possível extrair dos autos que a vontade do testador tenha violado o princípio da igualdade, impositivo da indistinção da pessoa humana pelo gênero ou sexo, quando pretendeu beneficiar o filho homem pela disposição de última vontade. Isso não está na escritura de testamento* [...] *nem nas declarações emitidas pelo testador, que confirmaram a sua vontade* [...]*, nem o conjunto da prova permite supô-lo.*

Cumpre destacar que, além de não verificar provas concretas de comportamento discriminatório, o TJPR parece ter acenado o entendimento de que os herdeiros não fariam jus a pleitear tratamento isonômico sobre os bens da parte disponível. Diz-se no acórdão:

> *Quanto aos direitos patrimoniais, a isonomia impõe que se observe para todos a titularidade da legítima (art. 1.846 do Código Civil). O princípio, porém, não lhes confere direito que nenhum filho tem, de concorrer à metade*

[371] STF, 1ª T, RE nº 395.121/PR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2.3.2004.

> *disponível da herança, nem retira dos pais o direito de dispor, em benefício da prole ou de terceiros, do que exceder à legítima.*

O caso chegou ao STF, que, por não identificar violação constitucional na matéria objeto do acórdão do TJPR, não recebeu o recurso extraordinário[372].

Esses casos, todavia, não alcançaram a mesma divulgação da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível de Guaxupé. Naquela ocasião, como se adiantou, a sentença parcial atingiu diretamente o conteúdo da disposição testamentária que legou bens exclusivamente aos netos de Lenira Faria nascidos de casamentos de seus filhos, não contemplando expressamente os netos nascidos de relações não matrimoniais de seu filho Olavo.

A decisão é arrojada não só por enveredar pelo tema naturalmente polêmico da invalidade das disposições testamentárias relativas à parte disponível com fundamento no dever de não discriminar, mas também por inferir a discriminação do *contexto* do testamento – isto é, dispensando a motivação discriminatória expressa no instrumento testamentário.

Além disso, a decisão também partiu para uma terceira frente de debate, que é a das consequências da invalidade. Em vez de anular a disposição discriminatória, integrou-se a vontade da testadora e determinou-se que as netas não contempladas no testamento recebessem tratamento isonômico ao de seus primos[373].

O caso serve, portanto, para pautar quatro dos principais aspectos dogmáticos que cercam a questão das disposições testamentárias discriminatórias: (*a*) avaliar se a liberdade de testar, sobretudo quanto à parte disponível, está sujeita a controle de mérito à luz de um princípio ou dever de não discriminação; (*b*) identificar contra quais grupos a discriminação há de ser proibida; (*c*) saber se é preciso que a intenção discriminatória conste expressamente no instrumento testamentário ou se ela pode ser inferida das circunstâncias negociais, para gerar a invalidade; e (*d*) apontar qual deve ser a consequência de se invalidar cláusula discriminatória

---

[372] STF, ARE nº 1.232.004/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, d. m., j. 17.9.2019. O caso também foi pauta no STJ, sem análise de mérito da disposição dita discriminatória (STJ, 4ª T, Agravo Interno no AREsp nº 1.434.345/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, v. u., j. 25.6.2019).

[373] Chegou-se a se referir ao caso como "testamento magistral". Sobre o tema, confira-se: SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 1). *Conjur*, publicado em 5.8.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>. Acessado em 17.4.2019; e SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 2). *Conjur*, publicado em 11.8.2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>. Acessado em 17.4.2019.

– a anulação da cláusula inválida, a anulação de todo o testamento ou a sua integração para promover o tratamento isonômico às pessoas preteridas pela disposição em causa.

Há ainda outro aspecto dogmático a se considerar: qual a natureza do vício que contamina uma disposição discriminatória, caso se considere que ela não deve ser protegida pelo ordenamento? Um primeiro diagnóstico parece ser simples – tratando-se de uma filtragem de *conteúdo* do testamento, entende-se que se trata de nulidade.

A dúvida repousa, então, sobre a hipótese específica que a justifica. A doutrina ainda parece hesitante a respeito, sendo possível identificar opiniões na linha de que se trata de um problema de objeto ilícito (art. 166, II, do Código Civil)[374] ou de contrariedade "à lei ou, pelo menos, à ordem pública" (art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil)[375].

Acrescenta-se ao debate, ainda, a perspectiva de se considerar que a questão pode também ser encarada à luz do critério da ilicitude dos motivos determinantes (art. 166, III, do Código Civil).

O tema é palpitante e merece exame monográfico destinado a enfrentá-lo. O propósito deste trabalho, dados os seus limites, é tão somente mostrar como ele se encontra na ordem do dia e antecipar os principais aspectos dogmáticos a serem enfrentados – sempre, repita-se, com os olhos postos na teoria do negócio jurídico.

3.2. Disposições testamentárias que ofendem a ordem pública

> *O reconhecimento de que se está diante de conflito entre dois interesses igualmente merecedores de tutela jurídica impõe a resolução de cada caso à luz daquilo que a ordem jurídica privilegia: as pessoas, que, vivas ou mortas, polarizam tais relações*[376].

Para além das disposições discriminatórias, é preciso analisar a eventual invalidade de disposições testamentárias que contrariem a ordem pública. O conceito de ordem pública é "um desafio à argúcia e à sagacidade dos juristas", uma noção "ambígua, imprecisa e variável no

[374] NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 230.
[375] PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação – algumas notas. In: Tribunal Constitucional. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 362-363.
[376] CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direto sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*. Cascavel: NEJUS, nº 4, maio/2015, p. 63. Disponível em: <https://www.univel.br/sites/default/files/revistajuridica/revista_04_edition.pdf>. Acessado em 3.10.2019.

tempo e no espaço", de forma que cabe ao Judiciário "averiguar se a ordem pública está ou não em jogo"[377] caso a caso.

Ainda assim, em linhas gerais, pode-se conceituar ordem pública como o "conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas". Dessa forma, já se usou a noção de ordem pública para proibir cláusulas envolvendo "tráfico de votos, [...] expor o seu corpo ou o de outrem a danos voluntários e não justificados", por exemplo[378].

Embora o Código Civil não tenha disposição expressa apontando a contrariedade de ordem pública como um filtro de nulidade dos negócios, não é incomum verem-se opiniões a respeito, sejam lastreadas no art. 2.035, parágrafo único; nos incisos II, III ou VII do art. 166 ou ainda numa interpretação extensiva do art. 122, *caput*, do Código Civil. No regime da sucessão testamentária também não há regra a respeito.

O mesmo não ocorre no direito português, cujo Código Civil enuncia expressamente ser "nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário a lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes" (artigo 2186º). Sobre o tema, Inocêncio Galvão Telles ensina:

> *Como exemplo das disposições testamentária essencialmente determinadas por um fim contrário à lei, podem apontar-se as que visem estimular o beneficiário a praticar acto ou actos contrários a normas legais imperativas,* v. g. *matar, roubar, raptar, abortar. Como exemplo de disposições essencialmente determinadas por um fim contrário à ordem pública, podem referir-se as que tenham como objectivo facilitar reuniões subversivas ou terroristas*[379].

[377] DINIZ, Maria Helena. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*, v. 22. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 179; 180.
[378] PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 557-558. Em outra definição, a "cláusula de ordem pública vincul[a] as relações privadas aos princípios constitucionais que garantem interesses comunitários, e não somente individuais", que a Constituição estabelece, tais como a "livre iniciativa, saúde pública, segurança pública, soberania nacional, administração da justiça, entre outros" (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 147; 149).
[379] Prossegue o autor: "Como exemplos de disposições essencialmente determinadas por um fim contrário aos bons costumes, podem lembrar-se as deixas de locais onde o disponente sabe que irá praticar-se prostituição ou consumo de droga, com o objectivo de facilitar essa prática ou esse consumo" (TELLES, Inocêncio Galvão. *Sucessão testamentária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 23). No mesmo sentido: LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 302.

Os autores portugueses justificam a invalidade dessas disposições pela ideia de que, "se a disposição não presta (moral ou socialmente), pela finalidade que reconhecidamente a inspira, mais vale recorrer à sucessão legítima"[380].

Um exemplo ajuda a ilustrar o ponto. No Canadá, a *Court of Queen's Bench of New Brunswick* julgou o destino dos cavalos Barney, Bill, Jack e King com fundamento na ordem pública. A decisão, de 1992, começa com a seguinte pergunta: "Barney, Bill, Jack e King devem ser condenados à morte ou o Tribunal deve intervir e invalidar a determinação expressa de seu dono agora falecido?"[381].

O acórdão narra que Clive Wishart elaborou seu testamento em julho de 1990, contendo a seguinte disposição: "eu determino e declaro que meus Executores tenham meus cavalos mortos a tiros pela Real Polícia Montada do Canadá e enterrados"[382].

Aberta a sucessão de Clive, seu irmão contestou a validade do testamento por incapacidade do testador, sem sucesso, dando-se o testamento como validamente declarado.

No entanto, tempos depois, os executores de parte do testamento questionaram como agir com a disposição reproduzida. O caso gerou comoção e o Tribunal chegou a receber diversas cartas e petições de pessoas que pediam para manter os animais vivos, conforme narrado na decisão[383]. Além disso, o Tribunal questionou testemunhas sobre a intenção do

---

[380] LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 301.

[381] No original: "*Should Barney, Bill, Jack and King be put to death or should the Court intervene and render invalid the expressed direction of their now deceased owner?"* (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial division), Wishart Estate, Re, 1992 CanLII 2679 (NB QB), j. 28.9.1992. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1mwnp>. Acessado em 8.4.2019).

[382] No original: "*I DIRECT AND DECLARE that my Executors have my horses shot by the Royal Canadian Mounted Police and then buried*" (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial division), Wishart Estate, Re, 1992 CanLII 2679 (NB QB), j. 28.9.1992. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1mwnp>. Acessado em 8.4.2019).

[383] De acordo com o Tribunal, "petições para salvar os cavalos foram assinadas. Cidadãos do preocupados do Canadá e dos Estados Unidos escreveram para o tribunal, para o *counsel* e para jornais. Os programas de entrevistas no rádio debateram o assunto. Uma carta que demonstra o interesse que isso causou foi enviada de Vancouver [...], inteiramente escrita com a letra de uma criança pequena, e diz o seguinte: [...] Querido juiz, por favor não deixe ninguém matar os cavalos. Eu amo cavalos mas meu pai não me deixa ter um. Eu vou ficar triste se eles forem mortos. De Jennifer" (tradução livre). No original: "*Petitions to save the horses have been signed. Concerned citizens from both Canada and the United States have written to the Court, to counsel and to newspapers. Radio talk shows have debated the subject. One letter that demonstrates the interest that this has caused was posted from Vancouver* […] *and is entirely in the elementary printing of a young child and is as follows:* […] *Dear judge, please don't let anyone kill the horses*[.] *I love horses but my dad won't let me have one. I will be sad if they get killed. From Jennifer*" (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial division), Wishart Estate, Re, 1992 CanLII 2679 (NB QB), j. 28.9.1992. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1mwnp>. Acessado em 8.4.2019).

testador e se convenceu de que ele não gostaria que futuros proprietários abusassem dos animais.

Diante disso, o Tribunal entendeu que "a destruição de quatro animais saudáveis sem propósito útil não deve[ria] ser mantida e não deve[ria] ser aprovada. Destruir os cavalos não beneficiaria ninguém e seria um desperdício de recursos e bens patrimoniais, mesmo que realizados de forma humana"[384]. Considerou-se a disposição contrária à *ordem pública* e, portanto, nula[385].

Assim, a Corte determinou que os cavalos Barney, Bill, Jack e King deveriam ser entregues aos demais beneficiários do testamento. Como esses beneficiários não demonstraram interesse nos animais, o Tribunal não se sentiu apto a escolher quem deveria receber os cavalos e, para isso, nomeou um terceiro (*referee*) para apontar as melhores pessoas a cuidar do destino de Barney, Bill, Jack e King[386], que escaparam da Real Polícia Montada.

---

[384] No original: "*the destruction of four healthy animals for no useful purpose should not be upheld and should not be approved. To destroy the horses would benefit no one and would be a waste of resources and estate assets even if carried out humanely*" (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial division), Wishart Estate, Re, 1992 CanLII 2679 (NB QB), j. 28.9.1992. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1mwnp>. Acessado em 8.4.2019).

[385] "*It is my conclusion that to destroy Barney, Bill, Jack and King as directed in the Will at this time and in the present circumstances would be contrary to public policy. The direction in the Will is therefore void*" (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial division), Wishart Estate, Re, 1992 CanLII 2679 (NB QB), j. 28.9.1992. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1mwnp>. Acessado em 8.4.2019).

[386] Nas palavras do Tribunal, "eu não acho que seria apropriado para mim tomar essa decisão no momento. Na minha opinião, não há informações suficientes no momento para tomar uma decisão adequada. Eu não sei se as pessoas interessadas em adquirir os cavalos estão preparadas para aceitar e concordar com condições razoáveis. […] É minha opinião que, no lugar de tomar essa decisão neste momento, um método mais apropriado seria o de dirigir uma *Reference* nos termos da *Rule* 56 da *Rules of Court* e nomear um *referee* conforme previsto". No original: "*I do not think it would be proper for me to make that decision at the present time. There is, in my view, insufficient information available at this time to make a proper decision. I do not know that the persons who are interested in acquiring the horses are prepared to accept and agree to reasonable conditions.* […] *It is my opinion that rather than make that decision at this time a more appropriate method would be to direct a Reference under Rule 56 of the Rules of Court and appoint a referee as is therein provided for*". O Tribunal ainda exigiu alguns requisitos dos beneficiários dos cavalos, tais como "(1) prévia inspeção e aprovação por parte da New Brunswick S.P.C.A. [New Brunswick Society for the Prevention of Cruelty to Animals]; (2) Um acordo escrito entre o Estado, a New Brunswick S.P.C.A. e o(s) novo(s) proprietário(s) a afirmar que ele(s) devem cooperar com a New Brunswick S.P.C.A. depois de adquirir a propriedade, devendo incluir no acordo: (a) permissão para inspeção regular dos cavalos em momento razoável para os agentes da New Brunswick S.P.C.A.; (b) o compromisso de fornecer e pagar os serviços veterinários quando requisitado pela New Brunswick S.P.C.A. e de concordar com as recomendações da New Brunswick S.P.C.A. para o cuidado com os cavalos; (c) o compromisso de alimentar e cuidar do(s) cavalo(s) de acordo com práticas aceitáveis e de não maltratá-los; (d) outras recomendações razoáveis sugeridas pelas partes e submetidas ao tribunal para garantir que os cavalos não serão maltratados; (e) o compromisso de não transferir a propriedade ou posse para quem não for aprovado pela New Brunswick S.P.C.A., de forma que qualquer transferência está sujeita a essas condições" (tradução livre). No original: "*Conditions of ownership should include: (1) Prior inspection and approval by the New Brunswick S.P.C.A.* [New Brunswick Society for the Prevention of Cruelty to Animals]*; (2) A written agreement between the Estate and the New Brunswick S.P.C.A. and the new owner or owners that he, she or it will co-operate with the New Brunswick S.P.C.A. after acquiring ownership which agreement will include: (a) Permission for regular inspections of the*

No Brasil, Ana Luiza Maia Nevares narra curioso episódio em que a testadora obrigou os sucessores a promoverem o "encerramento das atividades das escolas pertencentes à empresa da qual fazia parte [...], respeitado o ano letivo e dentro de um limite mínimo de tempo permitido pela legislação pertinente"[387]. Nesse caso, para a autora, os caprichos da testadora não deveriam prevalecer, pois atingem, além dos sucessores, a coletividade (funcionários e alunos, por exemplo)[388].

Uma vez mais, nota-se que a questão merece exame minucioso[389], destinado a enfrentar ao menos três aspectos: (*a*) saber se a contrariedade de uma disposição testamentária à ordem pública é causa de sua nulidade; (*b*) em caso positivo, apontar qual é o fundamento dogmático dessa invalidade; e (*c*) definir qual deve ser o destino do testamento que contenha essa disposição – a invalidade da disposição e o recurso à sucessão legítima, ou a integração da declaração do testador.

---

horses at reasonable times by officials of New Brunswick S.P.C.A. and their agents; (b) An undertaking to provide and pay for veterinary services when required and if so directed by the New Brunswick S.P.C.A. and to agree to follow advice and recommendations of the New Brunswick S.P.C.A. for the care of the horses; (c) An undertaking to properly feed and care for the horse or horses in accord with accepted practices and not to abuse the horse or horses; (d) Such other reasonable conditions as the parties may agree upon and the Court approve to ensure that the horses are not abused; (e) An undertaking not to transfer ownership or possession to anyone who is not approved by New Brunswick S.P.C.A. and who will agree to these conditions and any transfer will be subject to these conditions" (Canadá, Court of Queen's Bench of New Brunswick (Trial division), Wishart Estate, Re, 1992 CanLII 2679 (NB QB), j. 28.9.1992. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1mwnp>. Acessado em 8.4.2019).

[387] NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 231.

[388] Ainda que não trate expressamente de ordem pública, a autora avalia que: "a disposição testamentária que determina o encerramento das atividades escolares, embora possa ser considerada lícita, poderá não ser merecedora de tutela, pois, não demonstra realizar qualquer valor positivo no ordenamento jurídico". Para Ana Luiza Maia Nevares, há também disposições que podem suscitar dúvidas quanto ao merecimento de tutela, seriam as "disposições testamentárias que contrariam objetivos constitucionais", que surgem de conflitos "entre a autonomia privada do testador e objetivos de princípios constitucionais". A solução para esses casos deve ser "buscada a partir da técnica de ponderação de interesses" em cada caso concreto (NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 230-231; 233).

[389] É o que também apontam Eroulths Cortiano Junior e André Luiz Arnt Ramos: "questão que remanesce em aberto, no entanto, é a (in)eficácia de disposições testamentárias contrárias aos bons costumes ou, de maneira mais ampla, à *publicpolicy*" (CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direto sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*. Cascavel: NEJUS, nº 4, maio/2015, p. 63. Disponível em: <https://www.univel.br/sites/default/files/revistajuridica/revista_04_edition.pdf>. Acessado em 3.10.2019).

4. NULIDADES ESPECÍFICAS DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Diferentemente das nulidades que a Parte Geral do Código Civil estabelece e que podem se aplicar à lógica de vários negócios – *mortis causa* ou não, unilaterais ou não, gratuitos ou não –, há casos em que o desenho do testamento como negócio peculiar é o fator que justifica a previsão de hipóteses específicas de nulidades de certas disposições testamentárias.

O Livro do Direito das Sucessões condena algumas escolhas de conteúdo do testamento e aponta a nulidade das respectivas disposições. São nove hipóteses importantes: *seis* em que a nulidade é expressa; *duas* em que se proíbe certa prática sem cominar sanção; e *uma* sobre a qual não há consenso.

De forma expressa, o art. 1.900 do Código Civil impõe a nulidade da disposição testamentária que: (*a*) institui herdeiro ou legatário sob a *condição captatória* de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador ou de terceiro; (*b*) se refere a pessoa incerta, cuja *identidade não se possa averiguar*; (*c*) favorece pessoa incerta, cuja *identidade* deve ser *apontada por terceiro*; (*d*) deixa o valor do legado a arbítrio de herdeiro ou de outrem; e (*e*) que favorece as pessoas não legitimadas a suceder – a que se referem os arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil. Mais adiante, o art. 1.959 do Código Civil aponta que é nulo o *fideicomisso* que o testador institui "além do segundo grau".

Por sua vez, o § 1º do art. 1.848 impede o testador de estabelecer que os bens da parte legítima se *convertam* em bens de outra espécie. E, em outro momento, o art. 1.964 do Código Civil repreende o testador que deserda herdeiros sem justificar a razão ou com justificativa não prevista em lei (especificamente, nos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil).

Sabe-se que a regra geral – do art. 166, VII, do Código Civil – impõe a nulidade do negócio jurídico nos casos em que a lei assim o declarar ou lhe proibir a prática sem cominar sanção. Desse modo, também são nulas as disposições testamentárias que (*a*) convertem os bens da parte legítima em bens de espécie diversa ou (*b*) que deserdam herdeiro sem justificar a razão ou com justificativa não prevista em lei.

De forma menos direta, o art. 1.848 do Código Civil exige do testador *justa causa* para gravar os bens da parte legítima com cláusulas restritivas – de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade; pode-se ainda investigar se a mesma lógica deve se aplicar ao usufruto em favor de terceiro. Mas há divergência sobre a consequência de se

preverem essas cláusulas restritivas sem justa causa. Para o cenário em que o testador poupa a razão de impor esses limites, doutrina e jurisprudência oscilam entre a invalidade e a ineficácia da disposição.

Não parece possível identificar em todas essas nove hipóteses uma mesma razão subjacente a justificar a escolha do ordenamento em eliminar certas disposições – talvez (e uma vez mais) em razão do espírito de compromisso do nosso Direito das Sucessões. Veja-se, pois, que há hipóteses que apontam para a proteção da vontade do testador – como a invalidade da condição captatória, a repulsa a disposições indeterminadas ou que exijam preenchimento por terceiros, bem como o círculo de desconfiança criado sobre pessoas próximas ao ato de testar (como as testemunhas e o tabelião, por exemplo). Todavia, há também regras que parecem denotar preocupação sobre a solidariedade familiar, como a que proíbe a conversão dos bens da legítima ou que exige justa causa para se gravar a parte legítima com cláusulas restritivas de propriedade.

Passa-se, então, ao estudo da hipótese mais direta de nulidade, o texto do art. 1.900, I, do Código Civil, que trata da disposição que institui herdeiro ou legatário sob condição captatória.

4.1. A condição captatória (art. 1.900, I, do Código Civil)

O art. 1.900, I, do Código Civil considera nula a disposição testamentária que institui herdeiro ou legatário sob a *condição captatória* de que este herdeiro ou legatário disponha em benefício do testador ou de terceiro por testamento[390]. No conceito de Carvalho dos Santos, "denomina-se captatória a disposição em que o testador assina a uma parte de sua herança ou toda a alguém, sob a condição de ser aquinhoado no testamento daquele a quem pretende beneficiar"[391].

A situação é a seguinte, então: há, grosso modo, um "primeiro testador", que impõe a um beneficiário dispor em seu favor, e um "segundo testador" (o beneficiário do primeiro) que, por sua vez, dispõe em favor do primeiro (ou de terceiro designado).

[390] O art. 1.900, I, do Código Civil corresponde ao art. 1.677 do Código Civil de 1916. Note-se a semelhança com o art. 2231º do Código Civil português: "É nula a disposição feita sob condição de que o herdeiro ou legatário faça igualmente em seu testamento alguma disposição a favor do testador ou de outrem".
[391] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 258.

A nulidade da condição captatória, para alguns, pode ter por fundamento (*a*) a retirada da liberdade de testar[392] e da "integridade psíquica da disposição"[393]; (*b*) a vedação ao pacto sucessório[394] ou, (*c*) cumulativamente, a vedação ao pacto sucessório e a proibição do testamento conjuntivo[395].

Há, ainda, quem aproxime a condição captatória a institutos jurídicos conhecidos e com regimes próprios. Já se apontou, por exemplo, que a condição captatória *importa* em pacto sucessório, vedado pelo art. 426 do Código Civil[396]; e chegou-se mesmo a afirmar que se trata de "condição juridicamente impossível"[397].

Do conceito de condição captatória decorrem dois elementos: essa condição (*a*) há de ser *suspensiva*[398] e (*b*) deve estabelecer *reciprocidade* entre as disposições testamentárias do testador (primeiro) e do beneficiário.

Há autores que abordam a condição captatória e o dolo – vício do consentimento que, além da disciplina geral do art. 121 do Código Civil, em matéria de testamento recebe os contornos do art. 1.900 – de maneira *idêntica*.

---

[392] Neste sentido, LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 461.

[393] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 337.

[394] SIMÃO, Joé Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 1.499-1.500.

[395] Nas palavras dos autores, "[e]sta proibição do inciso I decorre do art. 426 do CC, que veda contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva, e é uma repetição parcial do art. 1.863 do CC, que proíbe o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 735-736).

[396] Neste sentido: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a constituição da república, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 735-736. No entanto, Zeno Veloso explica que há semelhança da condição captatória com o pacto sucessório; entretanto, "não é a reciprocidade intencional a marca principal que fere de morte a cláusula. O que a compromete e invalida, fundamentalmente, é que a sua causa não é a gratidão, o afeto, a decisão espontânea de gratificar, porém o fato de a vontade do disponente ter sido obtida pela captação" (VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223).

[397] GOZZO, Débora; VENOSA, Silvio de Salvo. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. C*omentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 384.

[398] "Só existe nulidade quando um dos testamentos for condição suspensiva do outro" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p.259). Ainda nesse sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 461.

O dolo, nas lições de Orlando Gomes, "consiste em manobras ou maquinações feitas com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse *enganado*". É, portanto, "a *provocação intencional* de um erro"[399].

Neste ponto, questiona-se (*a*) se o dolo deve ser elemento essencial à condição captatória e (*b*) se a condição captatória e o dolo no testamento devem ter disciplinas idênticas.

Em primeiro lugar, não há referência expressa ao dolo no texto do art. 1.900, I, do Código Civil[400]. Entretanto, Pontes de Miranda sugere, ao tratar da condição captatória, que "na captação há dolo"[401]. Já para Zeno Veloso, "é necessário que o arranjo tenha sido doloso", ou seja, que a condição captatória decorra de "artifícios e manobras fraudulentas", de forma que "não é toda captação que o direito reprova. O amor, a simpatia, a amizade, podem inspirar disposições testamentárias de uma pessoa em favor de outra, e vice-versa". O que se reprovaria seria o dolo, o *animus captandi*, a "a blandícia, a velhacaria"[402].

Pode-se, então, apontar algumas diferenças entre a condição captatória e o dolo. A condição captatória, como sugere a nomenclatura, exige a *condição* (evento futuro e incerto) de o beneficiário dispor em favor do testador ou de terceiros[403]. Além disso, o que se veda é um

---

[399] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 376-377 (grifos nosso). Sobre a diferença entre o dolo e a coação, Carnelutti explica que "se eu ameaço matar alguém caso não faça testamento a meu favor, isso é violência; mas se faço com que acredite que outra pessoa irá matá-lo em tal caso, isso é dolo" (CARNELUTTI, Francesco. Captazione del testamento e indegnità a sucedere. *Rivista di Diritto Civille*. Milão: Società Editrice Libraria, 1933, p. 2, tradução livre).

[400] De fato, "o Código Civil julga nula a disposição sob condição captatória, sem entrar na apreciação de ser dolosa ou não" (LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeito dos Santos Editor, 1917, p. 174).

[401] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 297.

[402] VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 222-223. Em sentido semelhante, José Fernando Simão aponta que "a condição captatória pressupõe que alguém agiu com dolo em relação ao testador, mas não o dolo genérico, que leva à anulabilidade dos negócios jurídicos (art. 171, II do CC), e sim o dolo relativo ao pacto sucessório" (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.501). Há, ainda, quem diferencie o dolo da captação (sem dolo) e da sugestão. A captação, no rigor dessa terminologia proposta, por exemplo, por Washington de Barros Monteiro, acontece quando "o agente busca tornar-se agradável ao disponente, granjeando-lhe a estima, a simpatia e as boas graças". Por essa descrição, o agente limita-se a "conquistar a afeição do testador, predispondo-o, com sua dobrez, ao ato de benemerência" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: direito das sucessões. Vol. VI. 37ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 169-170). Haveria sugestão, por outro lado, segundo esses autores "no emprego de meios suasórios, no afã de mover o testador a contemplar o autor do dolo, ou terceira pessoa, no ato testamentário". Assim, "por meio de atos positivos, o interessado influencia o testador, determinando-o a favorecer esta ou aquela pessoa" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: direito das sucessões. Vol. VI. 37ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 169-170).

[403] Para um estudo mais detalhado do dolo no testamento seja-nos permitido remeter ao nosso trabalho anterior: TOLEDO, Maria Beatriz de Miranda. *Captação dolosa da vontade do testador*. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito). Ibmec, Rio de Janeiro, 2014.

tipo de pacto de reciprocidade em testamentos[404], ou seja, não se quer que o testador esteja obrigado a dispor em benefício de alguém.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues distingue a condição captatória da captação dolosa. Para o autor, a condição captatória é uma "troca de favores, quase um contrato"[405]. Já o dolo é o "artifício de que alguém se serve para enganar um outro, provocando em seu espírito um erro que o conduz a uma manifestação de vontade que não surgiria, se inexistisse o embuste"[406].

Parece haver elementos, portanto, para indicar que condição captatória e dolo são institutos diferentes, inclusive com consequências de invalidade diferentes. Afinal, o dolo está sujeito à decadência e consiste em cláusula de anulabilidade, ao passo que o art. 1.900 do Código Civil diz ser nula a condição captatória.

Há também um terceiro estilo de disposição que importa simplesmente em reciprocidade, sem dolo. Isso porque fatos que estejam no passado do testador, ainda que recíprocos, não projetam a intenção de obter benefício a seu favor ou a favor de terceiro. Assim, no exemplo de Carvalho Santos, não há condição captatória se um testador escreve "deixo a Fulano o meu prédio da rua tal, por saber que ele me deixou, também, legado de igual valor"[407]. Note-se que o exemplo não traduz uma condição e não importa na nulidade do art. 1.900, I, do Código Civil.

---

[404] Nas palavras de Pothier, o testador envolvia outra pessoa para que ambos "testem paralelamente em benefício de seus bens" (POTHIER, R. J., BUGNET, M. *Ouevres de Pothier annotees et mises en correlation avec le code civil et la legislation actuelle*. Vol. 08. Paris: Henri Plon, 1861, p. 252, tradução livre).

[405] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 7. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 185

[406] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 137.

[407] Nesse caso, o autor ainda aponta que falta captação "porque o primeiro testamento não foi com o fim de obter reciprocidade do segundo testador, e este só praticou um ato de gratidão" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 261). No mesmo sentido, Zeno Veloso dá o exemplo de cláusula dizendo que "Celso testou em meu favor e eu quero que ele seja meu herdeiro" (VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223). Ao ilustrar a aplicação do art. 1.900, I, Zeno Veloso elabora o exemplo e conclui que "o testamento é posterior ao de Celso, não há o vínculo proibido entre as disposições. É até natural que ocorra essa reciprocidade pelo sentimento de gratidão" e que o exemplo "não é disposição captatória vedada pelo art. 1.900, I" (VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223). No mesmo sentido, Pontes de Miranda afirma que "se o testador dispôs, depois de outrem ter disposto a seu favor, em benefício desse, então não houve a dependência. Demais, a reciprocidade das disposições é fato que ordinariamente acontece, pela qualidade do caráter recíproco das afeições. Por isso mesmo, não se há de presumir a reciprocidade intencional" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVII. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57).

As demandas por nulidade de condição captatória não são muito frequentes na prática contemporânea[408]. Mas o repertório do TJRJ conhece disputa relativamente recente a respeito. Tratava-se do testamento de Annunciação Leite da Silva, casada com Álvaro Ferreira da Silva, elaborado em 1978 com a seguinte deixa, que contemplava toda a parte disponível dos bens da testadora:

> [E]*ntretanto, quer no caso de haver pré morte de seu esposo* [Álvaro Ferreira da Silva]*, comoriência deles, ela testadora e seu marido, ou ainda, se quando seu esposo falecer existirem bens que aqui lhe foram deixados, então, nestes três casos, os bens, em partes iguais, ficarão para os sobrinhos, afins dela testadora, filhos de seu cunhado Antônio Ferreira da Silva e Carmen Alves da Silva, de nome Alberto Francisco Alves da Silva e Cássia Emília Alves da Silva.*

A parte legítima dos bens de Annunciação ficou com Rita, mãe da testadora – que também elaborou testamento contemplando unicamente o então genro, Álvaro. Anos depois de falecida Annunciação, Álvaro legou uma casa em Rio das Ostras a Ana Pinheiro, sua então companheira. Contrariada, a sobrinha de Annunciação e Álvaro, Cassia Emília, moveu ação para anular a disposição testamentária de Álvaro que legou a casa para Ana Pinheiro, ao argumento de que o bem "não podia ser legado em desacordo com a vontade de Annunciação".

A sentença não qualificou a deixa de Annunciação como condição captatória, mas declarou a nulidade do legado deixado por Álvaro por entender que Annunciação instituíra gravame "que impedia o herdeiro de legar sobre os bens adquiridos por força do testamento de Annunciação. Assim, ao longo da vida, Álvaro poderia ter disposto livremente de tais bens [...] não o tendo feito"[409].

Após o decurso de duas ações rescisórias – uma movida por Cassia Emília[410] e outra, por Ana Pinheiro[411] –, o TJRJ reformou a sentença, para declarar *válido* o legado deixado por Álvaro, e destacou que:

---

[408] A afirmação não é recente. Paulo de Lacerda, em 1917, já lembrava o diagnóstico de Lomonaco de que, "são pouco frequentes as liberalidades captatórias" (LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro.* Vol. XIX. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeito dos Santos Editor, 1917, p. 174).

[409] TJRJ, 1ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá, Processo nº 0010408-82.2004.8.19.0203, Juíza Valéria Pachá Bichara, j. 16.10.2006.

[410] TJRJ, Órgão Especial, Ação Rescisória nº 0060596-28.2012.8.19.0000, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, v. m., j. 19.8.2013.

[411] TJRJ, 14ª CC, Ação Rescisória nº 0019578-37.2006.8.19.0000, Rel. Des. Edson Scisinio Dias, v. u., j. 30.7.2008.

> *a obrigação fixada no testamento de Annunciação Leite da Silva, que estabelece a condição de Álvaro Ferreira da Silva dispor dos bens por ela deixados em favor dos sobrinhos, se mostra nula por violar literal disposição de lei contida no art. 1.667, I do CC/16* [correspondente ao atual art. 1.900, I, do Código Civil]*, diploma vigente na abertura da sucessão*[412].

Observe-se que o objeto da ação movida por Cassia Emília foi o testamento de Álvaro, mas o TJRJ declarou nulo o que qualificou como "gravame" instituído no testamento de Annunciação (que reputou captatório em favor dos sobrinhos) para, depois, declarar válida a disposição de Álvaro em prol de sua companheira.

A solução do Tribunal, ainda que possa levantar questões processuais, está em linha com a afirmação de Pontes de Miranda de que "o que cai é a disposição captante. Não a captada", pois "o que se proíbe é uma disposição que tem por fim sugerir, vedar, seduzir – numa palavra captar – a vontade testamentária de outrem"[413].

4.2. Disposição em benefício de pessoa incerta (art. 1.900, II e III, do Código Civil)

Nesse ponto, duas são as regras que declaram nula a disposição (*a*) "que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar" (art. 1.900, II, do Código Civil); e (*b*) "que favoreça pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro" (art. 1.900, III, do Código Civil).

Ambos os incisos tratam da instituição imprecisa do beneficiário do testamento – talvez o "elemento mais essencial"[414] da disposição testamentária –, a justificar estudo conjunto.

Pessoa incerta é a pessoa *indeterminada*, cujas características são *imprecisas* na narrativa testamentária[415]. Há aqui uma dificuldade prática insuperável: não se sabe quem o testador contemplou com a disposição.

---

[412] O Tribunal ainda lembrou que, à época do Código Civil de 1916, o cônjuge não era herdeiro necessário (TJRJ, 14ª CC, Ação Rescisória nº 0019578-37.2006.8.19.0000, Rel. Des. Edson Scisinio Dias, v. u., j. 30.7.2008).

[413] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVII. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 57-58.

[414] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 262.

[415] NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 181. Supondo, por exemplo, que o testador "lega a sua preciosa espingarda de caça (uma *Purdley*) ao seu 'irmão José', sucedendo que ele tenha dois irmãos com o nome de José, que ambos eram seus companheiros de caça e que, para cúmulo, a ambos ele, em vida, o autor da herança prometera legar a espingarda" (LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 300).

Como exemplo, "há incerteza de pessoa quando o legado é feito a Pedro e existem duas pessoas com o mesmo nome e que têm relação de parentesco e amizade com o testador perfeitamente iguais, de maneira que não se pode saber qual das duas pessoas seja o herdeiro instituído ou o legatário"[416].

Um tanto recorrente na prática, para evitar imprecisões, é a qualificação completa dos legatários no testamento. Contudo, esse não é um formato exigido pela lei e há quem diga que, mesmo com a indicação de nome errado pelo testador, a disposição é válida se for possível identificar o legatário[417].

Veja-se, então, curioso exemplo em que "a dúvida [era] séria, o caso [era] obscuro"[418]. José Bento Alves de Carvalho, natural de Reiros, em Cabeceira de Basto, Portugal, deixou testamento com a seguinte disposição:

> *Os remanescentes de todos os meus bens em Portugal e no Brasil, depois de satisfeitos estes legados e os mais de que ainda vou dispor, pertencerão à já mencionada Irmandade de S. Francisco, de Guimarães, com o encargo de mandar concluir as obras do Hospital de Cabeceiras de Basto, e uma escola primária para ambos os sexos na referida freguesia d'Alvite, daquele concelho, Portugal, se a renda chegar; sendo a mesma escola custeada pela irmandade.*

O problema foi que não existia, em Guimarães, uma "Irmandade de S. Francisco". Havia duas instituições com nomes semelhantes, a *Irmandade do Cordão e Chagas de S. Francisco* e a *Venerável Ordem Terceira de S. Francisco*. Curiosamente, outra instituição estava a construir um hospital em Cabeceiras de Basto, a *Misericórdia de São Miguel de Refojos*. E José Bento não fizera parte de nenhuma das três instituições.

Nesse contexto, "a Irmandade [do Cordão e Chagas de S. Francisco] sup[ô]-se herdeira, porque o testamento fala[ra] em irmandade, mas a Ordem Terceira alegar[ia] que, sendo ela

[416] LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro.* Vol. XIX. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeito dos Santos Editor, 1917, p. 177.
[417] No exemplo de Darcy Arruda Miranda, "também é determinável a deixa feita ao médico Antônio que me operou de câncer no estômago, quando o seu nome é Salvador" (MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 722).
[418] Nas palavras de Clóvis Beviláqua em parecer sobre o caso disponível em: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 268.

tão-somente de S. Francisco, e a outra do Cordão e Chagas de S. Francisco, a ela se referiu o testador"[419].

A disputa contou com pareceres de Clóvis Bevilaqua e Eduardo Espínola, ambos opinando pela nulidade da deixa[420] – orientação apoiada por Carvalho Santos[421] –, e de José Ulpiano (que não opinou sobre o mérito)[422]. Até onde se tem notícia, julgou-se válida a disposição testamentária em primeira instância, destinando a deixa para a Venerável Ordem Terceira de S. Francisco[423].

Já o TJSP anulou disposição do testamento de Julio Ferreira Coelho, que instituiu como legatária "Emília Maria, solteira, residente em França"[424], sem qualquer outra identificação. Pedia a herança, sem sucesso, pessoa de nome María Emília da Cruz, também conhecida como Maria Emília de Jesus. Para o Tribunal, os nomes não coincidiam e não houve provas de que a deixa caberia à requerente María Emília (da Cruz ou de Jesus).

Recentemente, mais uma vez, o TJSP declarou nula a deixa de Ruth Conceição Olivastro. A testadora legou ações de companhias abertas para fomento das áreas de "dermatologia, oncologia infantil, reprodução humana e neurologia" da "Universidade de Santo André – SEDAP". Nunca existiu, entretanto, qualquer organização com essa nomenclatura. Nesse contexto, o Ministério Público propôs a intimação da Fundação Santo André, que mantém o Centro Universitário Santo André. A Defensoria Pública, na defesa dos interesses da Universidade de Medicina do ABC, entendeu que o legado deveria ser destinado àquela

---

[419] Refere-se novamente ao parecer de Clóvis Bevilaqua sobre o caso disponível em: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 268.

[420] Na síntese de Eduardo Espínola para o caso, "[a] qual delas [das instituições em favor de S. Francisco] quis o testador aludir? A simples enunciação do testamento não basta para determiná-lo. [...] Se é assim, se nenhum documento se apresenta, se nenhum fato inequívoco se oferece, com o poder de, revelando a verdadeira intenção do *de cujus*, completar a ambígua e obscura designação do herdeiro, a disposição testamentária se anula" (ESPÍNOLA, Eduardo. *Questões jurídicas e pareceres*. São Paulo: Editora Monteiro Lobato, 1925, p. 85).

[421] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 288.

[422] O autor entendeu que a questão era de alta indagação, a reclamar as vias ordinárias, e não o debate no âmbito do inventário (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 287).

[423] O julgamento pela validade do testamento foi noticiado na edição de 28.6.1923 do jornal *Correio da Manhã*, do Rio de Janeiro (Disponível eletronicamente em: < http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_03&pagfis=15335&url=http://memoria.bn.br/docreader>. Acessado em 1.12.2019).

[424] Uma vez mais, conforme trecho do acórdão que pode não reproduzir exatamente o conteúdo do testamento, não citado no original (TJSP, 4ª CDPriv., AI nº 0162779-53.2010.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, v. u., j. 26.8.2010).

universidade[425]. A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela nulidade da disposição. O TJSP seguiu o entendimento da Procuradoria[426] de que seria incerta a entidade "Universidade de Santo André – SEDAP", e, por isso, declarou nula a disposição com fundamento no art. 1.900, II, do Código Civil. As ações de titularidade da testadora passaram a integrar a sucessão legítima e foram destinadas aos seus únicos herdeiros, os irmãos Walther e Magdalena.

Em caso mais antigo, contudo, a solução foi diferente, dadas as circunstâncias concretas. O testador Eduardo Panadés deixara bens para a Universidade de São Paulo, para "custeio de estudos e auxílio e manutenção de estudantes pobres". Questionou-se a certeza da instituição, na forma dos arts. 1.667, III e IV, do Código Civil de 1916, sem que se conheçam as origens de tal dúvida. O TJSP, contudo, declarou válido o testamento, reconhecendo a certeza da destinação à conhecida Universidade de São Paulo, pessoa jurídica de direito público interno instituída pelo Decreto nº 6.283 de 1934[427].

Também pode haver incerteza em relação à pessoa do herdeiro ou legatário na circunstância em que, narra Paulo de Lacerda, o testador deixa "legados a duas pessoas que têm o mesmo nome, e revoga um legado, sem que se possa saber qual dos legados foi revogado". Seria, para o autor, "caso de nulidade dos dois legados"[428].

Há opiniões doutrinárias que consideram tolerável a incerteza quanto à pessoa no momento da elaboração do testamento, contanto que a pessoa venha a ser identificável na

[425] Na síntese do TJSP: "na peculiar situação dos autos, a controvérsia a respeito da destinação do legado pode ser assim sumarizada: i) conforme a Promotoria de Justiça, o legado pertence à Fundação Santo André, entendimento de que compartilha o Juízo de Primeira Instância; ii) segundo os recorrentes, a disposição é nula porque impossível a identificação do legatário, e as ações devem a ser partilhadas entre os herdeiros; iii) e por fim, no entender da Defensoria Pública, o legado deve ser destinado à entidade Universidade de Medicina do ABC" (TJSP, 3ª CDPriv., AI nº 2169244-63.2018.8.26.0000, Rel. Des. Viviani Nicolau, v. u., j. 14.2.2019).

[426] Curiosamente, a Procuradoria concluiu, como consequência da nulidade, que a herança deveria ser considerada jacente – embora a testadora tenha deixado dois irmãos, Walther e Magdalena. Com isso o TJSP não concordou.

[427] Nas palavras do Tribunal: "Os bens foram deixados gravados e com encargo à Universidade de São Paulo, que é uma autarquia estadual, criada por lei (Decreto nº 6.283/34), sendo[,] portanto[,] pessoa jurídica de direito público interno certa e determinada. Deixados os bens à Universidade, ficou determinada a sua aplicação para custeio de estudos e auxílio à manutenção de estudantes pobres. Já se manifestou a reitoria da Universidade de São Paulo, acentuando a perfeita factibilidade da vontade do testador e aceitação do benefício. Nada impede, portanto, por esse prisma, a validade do testamento" (TJSP, AC nº 171.389, Rel. Des. Toledo Piza, j. 14.8.1969. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol. 10, 1969, pp. 54-55).

[428] LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 177.

abertura da sucessão[429]. Assim, não seria incerta a pessoa na disposição testamentária em que o testador dispusesse contemplar:

> *a) ao que tiver melhores notas no ano da minha morte* [especificando-se o curso, a turma]*; b) ao filho do testamenteiro que mais me tiver sido útil nos últimos anos de vida, a juízo de A; c) à família mais pobre da rua A; d) se meu herdeiro premorrer, aquele que for herdeiro no seu testamento ou o que por ele for mais beneficiado*[430].

No entanto, em outro caso, mais recente, Olga Pinto Valente destinou 23% de seus bens "à pessoa que dela cuidasse, se inválida, ou, em caso contrário, [...] à Casa André Luiz" [431]. O TJSP entendeu que era demasiadamente incerta a disposição de Olga Pinto e declarou nulo o legado.

Também não parece nula cláusula que institui herdeiro sendo "certo de que a pessoa [...] há de adquirir existência"[432]. Em caso narrado em parecer emitido por Lafayette Rodrigues Pereira, o testador legara dinheiro e títulos a uma fundação não constituída ao tempo da elaboração do testamento, mas que estava constituída na abertura da sucessão – o que o autor considerou válido.

Mais um exemplo de disposição válida a beneficiar pessoa ainda inexistente é a criação de fundação pelo testador no próprio testamento[433].

Há, ainda, outra hipótese que permite a incerteza do beneficiário: o testador pode dispor "em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado" (art. 1.901, I, do Código Civil).

Exemplo disso foi julgado pelo TJRJ: Alice Maria Sá Modesto Leal determinou em seu testamento que "da totalidade de seu patrimônio[,] 3/24 dever[iam] ser atribuídos a uma

---

[429] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 262.
[430] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 33.
[431] Conforme trecho do acórdão que pode não reproduzir exatamente o conteúdo do testamento, uma vez que não citado o documento original (TJSP, 1ª CDPriv., AI nº 9040263-43.2008.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, v. u., j. 17.2.2009).
[432] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Instituição de legado em benefício de fundação a ser constituída – Derrogação das leis de mão morta – Quando o testamenteiro é nomeado inventariante. *Revista Forense*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, v. IX, 1908, p. 28.
[433] Neste sentido: ROQUE, Sebastião José. *Direito das sucessões*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 104.

instituição de caridade ou de assistência social vinculada à Igreja Católica a ser identificada oportunamente pela inventariante". Discutiu-se judicialmente se a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, beneficiária escolhida pela inventariante, cumpriria os requisitos da testadora[434], com o que a 21ª Câmara Cível do TJRJ concordou.

Mas se o terceiro indicado pelo testador para escolher o beneficiário não quiser ou não puder fazê-lo, o que acontece com a disposição? De acordo com Orosimbo Nonato, deve-se atribuir ao juiz a função de eleger o beneficiário[435]. Esse entendimento seria alinhado, pensa-se, com o enunciado do art. 1.930 do Código Civil, que faculta ao herdeiro escolher coisa que o testador legou apenas pelo gênero e, não fazendo a escolha, cabendo ao juiz efetuá-la.

Não parece, contudo, que essa seja a solução mais alinhada com a *vontade do testador*[436], por razões um tanto principiológicas: se o testador elege uma forma de integrar a sua vontade (a indicação por determinado terceiro), entregar essa faculdade ao juiz seria subverter a vontade do testador, que não quis que *um* terceiro apontasse o beneficiário, mas que *aquele* terceiro indicado o fizesse.

Da mesma forma, parece inadequada a solução sugerida por Pontes de Miranda, para quem o beneficiário seria aquele que primeiro reclamasse a deixa[437], pois o testador não parece querer implementar uma corrida entre dois eventuais beneficiários.

Em Portugal, a regra estabelecida pelo Código Civil é outra. Diante da inércia do terceiro para individualizar o legatário, "qualquer interessado tem a faculdade de requerer ao tribunal a fixação de um prazo para a [...] nomeação do legatário, sob a cominação [...] de a distribuição do legado ser feita por igual pelas pessoas que o testador tenha determinado" (art. 2182º). Ou seja, no exemplo de Pires de Lima e Antunes Varela, "deixo o prédio X a um dos filhos de A,

[434] Em decisão de primeira instância, entendeu-se que a PUC-Rio "não [era] instituição caridade ou assistência social vinculada à Igreja Católica. Para esse desiderato deve ser perscrutado a instituição com o perfil constante do testamento junto à Arquidiocese" (TJRJ, 21ª CC, AI nº 0005343-45.2018.8.19.0000, Rel. Des. Maria Aglaé Tedesco Vilardo, v. u., j. 16.10.2018).

[435] O autor segue a linha de Ricci, fundado no Código Civil italiano, que tem disposição análoga para casos de legado de coisa indeterminada (NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 189). No mesmo sentido: CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 627.

[436] Arnaldo Rizzardo também entende que "não será o juiz que fará a escolha" e propõe, como solução, "que todos os parentes da categoria, ou das pessoas dentre as quais incidiria a escolha, recebam partilhado entre elas o patrimônio" (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 376).

[437] Nas palavras do autor, "a melhor solução é esta: o que primeiro pediu, recebe, salvo se é de crer que o testador preferia a partilha" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 334).

à escolha deste"[438], sem que A escolha no prazo fixado em juízo, o prédio X deve ser dividido entre os dois filhos de A.

Os autores portugueses notam, ainda, que "a lei, de caso pensado, não comete ao tribunal" a escolha do legatário, pois entende-se que o tribunal deve apenas "escolher a pessoa que melhor possa desvendar e executar [...] a vontade do testador, em vez de serem os juízes a intrometer-se na vida privada" do testador[439].

Na falta de solução na lei brasileira para o caso de o terceiro escolhido pelo testador não indicar o beneficiário, a alternativa mais adequada parece ser declarar a disposição *ineficaz*[440].

4.3. Fixação do valor do legado ao arbítrio de terceiro (art. 1.900, IV, do Código Civil)

Diz o art. 1.900, IV, do Código Civil que é nula a disposição que "deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do *legado*"[441]. Há ainda quem proponha que onde se lê "valor do legado", leia-se também "valor da herança"[442].

Carvalho Santos esclarece que "deve ser certo o objeto da liberalidade" e "quando se diz certo não se exige que seja matematicamente determinado. Basta que seja fixável, determinável, com os elementos fornecidos pelo próprio testamento"[443].

---

[438] LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 294.
[439] LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 295.
[440] Essa solução é sugerida por Polacco, segundo Orosimbo Nonato: "Polacco, de-resto, se mostra hesitante entre duas soluções: a da ineficácia do legado (solução vitanda a todas as luzes) ou a de se considerar conjuntiva a designação, o que somente se compreenderia nos casos em que fosse esta a vontade real do testador, que deve primar à sua vontade declarada" (NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 191).
[441] A hipótese corresponde ao art. 1.667, IV, do Código Civil de 1916.
[442] VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225; CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 291; LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: sucessões. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264. Destaque-se, aqui, a relevância da afirmação tendo em vista que herança e legado são conceitos distintos, sendo o herdeiro aquele que, "tomando o lugar do *de cujus* no patrimônio (ativo e passivo), surge como continuador das relações jurídicas deixadas"; e o legatário quem "recebe bens ou vantagens circunscritos; [...] [sendo] mero adquirente de bens; não [sendo] continuador do patrimônio do *de cujus*" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individuais de autonomia da vontade e as supra-individualidades da família. Herdeiro e legatário". *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 95, pp. 16.1.2000).
[443] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 291.

Tal como nos incisos II e III do art. 1.900 do Código Civil, aqui há a preocupação do sistema com o caráter personalíssimo do testamento[444]. Diante disso, é inválida, por exemplo, a disposição "determino ao meu filho Alfredo escolher, dentre as minhas aplicações financeiras, uma quantia a ser entregue ao meu melhor amigo José Maria"[445].

Diferentemente, nos casos em que o testador diz "deixo para sustento de Pedro o que João fixar, pois quero que ele não sofra privações, podendo viver decentemente e educar seus filhos"[446], não parece haver invalidade, tendo em vista que se trata de legado de alimentos[447], que pode ser genérico[448].

De fato, a especificação do objeto legado não precisa ser detalhada; o que se proíbe é "o arbítrio pleno e desenfreado"[449]. Basta que o objeto seja determinável por critérios estabelecidos pelo testador[450].

Também não é vedado deixar ao herdeiro, legatário ou terceiro escolher a coisa a compor sua quota ou valor já determinado. Como exemplo, o TJSP julgou válida a seguinte disposição instituída no testamento de Linda Amorosino Farhat:

> *a parte disponível de todos os seus bens móveis e imóveis deverá ficar pertencendo, exclusivamente, para sua filha Maria Helena Farhat Manasseh.*

---

[444] Para Flávio Tartuce, a regra representaria também uma derivação da vedação à *condição* meramente potestativa (art. 122 do Código Civil). Entretanto, o art. 1.900, IV, do Código Civil não pressupõe uma condição, em sentido técnico, de forma que essa leitura não parece adequada.

[445] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 626.

[446] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 293.

[447] O legado de alimentos é categoria de legado cujo objeto "abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor" (art. 1.920 do Código Civil). O valor do legado "pode ser alterado pelas causas que determinam ordinariamente sua variação, salvo se fixado no testamento" (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 200). Tal qual os alimentos fixados em vida, o legado de alimentos é inalienável e impenhorável (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 385). Para Washington de Barros Monteiro, o legado de alimentos pode ser instituído em favor das pessoas que não podem receber por testamento, apontadas nos arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil, pois a proibição não pode se sobrepor ao direito à vida (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. Vol. VI. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197). Ao contrário, Silvio Rodrigues entende que não cabe aplicar tal exceção (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 7. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207).

[448] Art. 1.920 do Código Civil: "o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor". Inclusive, "na falta de estipulação específica quanto a esse valor, o juiz orfanológico decidirá sobre a questão" (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 696).

[449] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 75.

[450] Há quem permita, inclusive, disposições que determinam entregar a um beneficiário "'o melhor que puder', 'o que do que lhe deixo puder, sem sacrifício'", ou seja, casos em que o testador "deixou elementos e dados tais que permitam revelar a sua vontade. Não há nulidade" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 330).

> [...] [de forma que] *sua referida filha possa, independentemente de anuência ou concordância de suas netas, escolher livremente os bens que deverão compor a parte disponível ora legada e a legítima que a mesma tem direito.*

Vale notar que a sentença aplicou o art. 1.900, IV, do Código Civil e declarou nula a disposição, entendimento que foi revertido em apelação. O TJSP julgou válida a disposição sob o entendimento de que "a falecida não conferiu à inventariante o poder de fixar o valor do legado, mas tão somente de escolher quais bens irão compor a sua porção da herança, o que não interferir[ia] nos respectivos valores"[451].

Também já se transferiu aos herdeiros o poder de apontar a "segunda melhor cama" do testador. A expressão, um tanto incomum aos olhos atuais, foi traçada pela pena de William Shakespeare, que assim contemplou Anne Hathaway[452], sua esposa, em testamento de 1616. Caso a disposição se repita contemporaneamente, em terras tropicais, o resultado parece levar à validade da disposição, pois cabe ao herdeiro escolher a coisa (cama), objeto determinável dentre as outras do gênero deixadas pelo testador, que corresponda ao adjetivo de vice, ainda que, ao final, essa escolha possa repercutir em diferença no valor do legado.

Em outro caso, o TJSP avaliou o legado estabelecido no testamento de José Luiz Zillo em benefício de sua esposa, Taciana da Cunha Rego Zillo, autorizando a compra (e, em alguns casos, a reforma) de apartamento com certas características em três possíveis bairros de São Paulo. Nas palavras do testador:

> *Além do legado estipulado na cláusula '7.1' acima, lego ainda à minha esposa Taciana* [...] *quantia em dinheiro bastante e apta a proporcionar a ela a aquisição de um imóvel residencial, tendo como parâmetro o valor necessário ao tempo de meu falecimento para a compra de apartamento novo situado na cidade de São Paulo-SP, nos bairros do Jardim Paulistano, Jardim América ou Jardim Europa, com 03 dormitórios. Caso Taciana opte pela aquisição de um imóvel antigo deverá ser entregue a ela igualmente a quantia necessária*

[451] TJSP, 10ª CDPriv., AC nº 0000557-07.2009.8.26.0152, Rel. Des. Elcio Trujillo, v. u., j. 18.4.2018. Em outro caso, o testador legou "300 cabeças de gado ou o equivalente a R$ 100.000,00, ficando ao inteiro e livre arbítrio do testamenteiro o solvimento dos legados em dinheiro ou espécie". O Tribunal não chegou a discutir a validade da cláusula (TJSP, 5ª CDPriv., AI nº 9072279-50.2008.8.26.0000, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, v. u., j. 21.5.2008).

[452] Diz-se que foi no leito dessa "segunda melhor cama", aliás, que o dramaturgo faleceu. Ainda assim, a peculiaridade do legado fez sussurrar rumores sobre a afeição do casal. Alguns garantem que o legado de móveis como este eram considerados luxuosos e que haveria a tradição de passar a "primeira melhor cama" aos descendentes (THE Second-Best Bed. The Shakespeare Birthplace Trust. Disponível em: <https://www.shakespeare.org.uk/about-us/>. Acessado em 16.12.2019). Outros sustentam que a justificativa fora uma opção de Shakespeare não deixar à sua esposa um terço de seus bens, regra aplicável se nada lhe fosse atribuído (sobre o ponto, confira-se: NEVES, José Roberto de Casto. *Medida por medida*: o direito em Shakespeare. 4ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, pp. 18-19).

> *para a reforma do imóvel, nos moldes que ela desejar. Além da quantia em dinheiro necessária para a compra do imóvel nas condições acima estabelecidas, lego à minha esposa Taciana quantia em dinheiro suplementar, correspondente a 30% do valor de aquisição do imóvel aqui versado, para a finalidade de proporcionar à legatária a compra de mobiliário e itens de decoração para a residência. Os recursos necessários para a observância do legado previsto nesta cláusula deverão estar disponíveis dentro de 60 sessenta dias contados de meu falecimento, para entrega a Taciana quando houver ela encontrado o imóvel de sua eleição. Cumpre esclarecer que o legado aqui estabelecido será pago se o meu casamento com Taciana estiver mantido, de fato e de direito, ao tempo de meu passamento.*

O cumprimento do legado foi questionado pelos filhos do testador, pois Taciana escolheu adquirir apartamento em local diferente de um dos três bairros listados no testamento, dentre outros argumentos. O TJSP entendeu que a legatária foi razoável na escolha e não agiu de forma abusiva[453] – critérios que poderiam servir, portanto, para aferir a legitimidade do exercício do direito de escolha deixado pelo testador.

Não se encaixam nessa hipótese de nulidade, porém, os casos de disposição "em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu". Neles, exceção prevista no art. 1.901, II, do Código Civil, é válido deixar a terceiro a incumbência de fixar o valor da remuneração.

A justificativa para tanto é a de que o testador não teria como prever o valor da remuneração por serviços prestados em razão da moléstia que lhe retirou a vida[454]. Essa disposição, portanto, pressupõe nexo de causalidade entre a morte do testador e a moléstia. Pergunta-se, então: o que acontece se o testador falecer por outras causas que não a moléstia pela qual vinha sendo cuidado quando elaborou o testamento? Uma possível resposta é avaliar se o testador teve condições de fixar a remuneração – se houve cura do testador a tempo de ele próprio estabelecer a remuneração, tempo razoável antes de falecer, por exemplo –, de forma que:

> *Se o testador estava doente e, crendo morrer disto, testou, e a morte ocorre, acidentalmente, por outro motivo por exemplo: no desastre da ambulância que o conduzia,* [seria] *injusto considerar absolutamente necessária a*

[453] A legatária Taciana também foi contemplada com legado certo, no valor de dez milhões de reais (TJSP, 7ª CDPriv., AI nº 2229232-49.2017.8.26.0000, Rel. Des. Miguel Brandi, v. u., j. 30.5.2018).
[454] CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 297.

> *causalidade dentre a moléstia e a morte. Os serviços não deixam de ter sido prestados, a vontade do testador não mudou, nem era de crer que mudasse*[455].

Pontes de Miranda ainda aponta que se os serviços forem imorais, a disposição deve ser declarada nula[456]. Acredita-se, entretanto, que eventual nulidade decorreria de outro fator, mas não da previsão dos arts. 1.900, IV, e 1.901, II, do Código Civil. Nenhum problema acarretaria o arbítrio do terceiro, mas a opção de remunerar ou não serviço dito imoral.

Por fim, Carlos Maximiliano sugere que se o terceiro não quiser fixar o valor do legado (ou "falece[r], perde[r] o juízo, ou não [for] encontrado"), o juiz deve fazê-lo[457]. Uma vez mais[458], contudo, não parece ser essa a opção mais alinhada com a vontade do testador; entende-se que o mais correto é declarar a ineficácia do legado.

4.4. Disposição em benefício de pessoas que não podem receber por testamento (art. 1.900, V, do Código Civil)

Segundo o art. 1.900, V, do Código Civil, é nula a disposição que "favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802".

Não podem receber por testamento[459]: (*a*) "a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos"[460-461]; (*b*) as testemunhas

---

[455] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 336. Concorda com ele Carvalho Santos (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIII, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 298).

[456] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXIII. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 299; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005, p. 336.

[457] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 76.

[458] Cf. item 4.2, anterior.

[459] Trata-se de falta de legitimação para suceder (VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1993, p. 433).

[460] Diz-se escrever "a rogo" o ato de um terceiro redigir um documento (no caso, o testamento) a pedido do testador, se o testador não souber ou não puder escrever (arts. 1.865, 1.868 e 215, § 2º, do Código Civil). Aponta-se a divergência sobre a possibilidade de se assinar a rogo o testamento particular, afirmando-se por vezes que "na confecção do testamento particular não se admite a assinatura a rogo" no STJ, REsp 1618754/MG, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26.9.2017). Nessa mesma linha, o TJSP declarou inválido o testamento de Sildes Valio Livieri, assinado a rogo pela beneficiária. No caso, dois dias antes de falecer, Sildes teria elaborado testamento particular beneficiando sua irmã, Mirian Lúcia Livieri. O testamento não foi assinado pelo testador (apenas aposta sua digital) e foi assinado a rogo por Mirian. Além disso, o testamento não cumpriu outros requisitos (de leitura pelo testador e quantidade de testemunhas). O Tribunal, então, declarou a nulidade do testamento (TJSP, 8ª CDPriv., AC nº 1025394-90.2017.8.26.0100, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 13.6.2018).

[461] Há quem ventile a possibilidade de o testamento ser escrito por mais de uma pessoa. Nesse caso, "se a liberalidade a uma pessoa se consigna na parte por ela escrita, desprevalecerá. E se se insere na parte escrita por outra pessoa? Ao primeiro súbito de vista, poderia parecer subsistisse a vedação, pois o beneficiado também

do testamento[462]; (*c*) "o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos"[463]; (*d*) "o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento" (art. 1.801, incisos I a IV, respectivamente, do Código Civil); e (*e*) os ascendentes, os descendentes[464], os irmãos e o cônjuge ou companheiro das pessoas apontadas anteriormente (art. 1.802, parágrafo único, do Código Civil), presumidas interpostas pessoas.

Os arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil não parecem deixar dúvidas sobre quem são as pessoas proibidas de receber por testamento[465]. Também parece manifesta a opção do Código pela tentativa de resguardar o testador das pessoas mais influentes a ele no momento de realizar o testamento: aquele que escreveu a rogo, as testemunhas[466] e a autoridade celebrante.

São essas as pessoas que, em tese, estariam em *circunstâncias* favoráveis a alterar a vontade do testador para cada uma delas se beneficiar ou para beneficiar terceiros[467] e, assim, confirmar a suposta vontade em juízo.

---

escreveu o testamento. Mas, a resposta negativa é a que se esforça em melhores razões" (NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 50).

[462] Nesse caso, "a testemunha que não pode receber é a instrumentária que participou do ato. Nada impede que receba a testemunha que seja simples abonadora da identidade do disponente ou de outra testemunha do ato" (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. Vol. XVIII, 2003, p. 114). O TJSP decidiu pela nulidade do testamento particular de Airton Flávio Mazzaferro, pois o testador instituiu como herdeiros testamentários os filhos, já herdeiros necessários, que também atuaram como testemunhas. Nas palavras do Tribunal, "servindo o herdeiro de testemunha, é absolutamente presumível o conflito de interesse entre o *munus* de atestar a lisura do ato e a validade da declaração de última vontade, e a pretensão a um aquinhoamento vantajoso sobre a deixa testamentária" (TJSP, 6ª CDPriv., AC nº 1010416-79.2015.8.26.0003, Rel. Des. Vito Guglielmi, v. u., j. 4.8.2016).

[463] O dispositivo recebe algumas críticas, especialmente em relação ao prazo e à culpa. Por todos, a síntese de Luiz Paulo Vieira de Carvalho: "a uma, se uma pessoa casada estiver separada de fato do cônjuge há mais de cinco anos, obviamente, não mais se encontra em situação de concubinato adulterino [...], e sim em uma situação protegida [...] isto é, em união estável [...]. A duas a redação do dispositivo choca-se com a literalidade do disposto no art. 1.830 do Código Civil, que reconhece a perda do direito sucessório legal do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, já estavam separados de fato há mais de dois anos, salvo se restar comprovado que a separação não se deu por sua culpa [...]. A três [...] pela absurda referência à apuração de culpa pela separação de fato do casal, em critério que, na atual conjuntura, de muito não se coaduna, até mesmo no âmbito do Direito de Família" (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 189).

[464] É exceção o filho do(a) testador(a) com o(a) concubino(a), na forma do art. 1.803 do Código Civil.

[465] A questão é de ilegitimidade ou "indisponibilidade relativa", na expressão de Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 97.

[466] Em caso julgado pelo TJSP, os sobrinhos do Padre Mário Marques e Serra, testador, buscaram anular o testamento particular datilografado por uma das testemunhas que também recebia legado. O TJSP, Tribunal de origem, anulou o testamento. No STJ, a questão não foi decidida no mérito, por ausência de dissídio jurisprudencial, e ficou mantida a anulação do testamento (STJ, 4ª T, REsp nº 61.032/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.9.1995).

[467] NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 48.

Já a proibição de beneficiar o(a) concubino(a)[468] não parece se justificar na mesma preocupação. Aqui há uma *opção moral* do Código Civil[469], por entender que o concubinato atentaria "contra a instituição familiar"[470-471]. Registre-se também a escolha legislativa por manter uma nomenclatura com carga pejorativa[472], o que parece andar em descompasso[473] com

[468] Brevemente, "concubina(o) é aquele(a) que vive em concubinato. Embora o vocábulo exista também no masculino, ele é sempre usado no feminino. É incomum alguém referir-se a concubino" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 174-175). O concubinato, na linha do art. 1.727, é a relação não eventual entre aqueles impedidos de casar. A expressão teria duplo sentido: "genérico, quando como termo análogo à união livre abrange toda ligação do homem com a mulher fora do casamento. Específica, quando tange ao semimatrimônio, à posse do estado de casado, ao entrosamento de vidas e de interesses, numa comunhão de fato. Seria arbitrário usar a expressão concubinato apenas neste último sentido, deixando as demais, como mancebia, amigação, com as correlatas expressões amante, barregã, amásia, etc., para outra acepção. A orientação que assim se firmasse daria azo a que se confundissem situações, dada a diferente técnica legal. Veja-se, de passagem, que o nosso Código Civil proíbe o legado de homem casado à sua concubina. O art. 1.719 n. III usa a própria expressão concubina. Aí está uma oportunidade em que não se pode dizer que a lei tenha querido excluir a amante, a manceba, a barregã" (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. Vol 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969, p. 109). Há ainda diferença entre o concubinato puro e o concubinato impuro, sendo puro o concubinato que reflete "uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima" e o concubinato impuro como o "adulterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como de um homem casado ou concubinado, que tenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. Belém: CEJUP, 1986, p. 66). Deve-se reforçar que a proibição do art. 1.801 do Código Civil não alcança a união estável, como já destacado no Enunciado 269 da III Jornada de Direito Civil do CJF, a saber: "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)".

[469] Ressalte-se que a opção legislativa é herança das Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 66: "Se algum homem casado der a sua barregã alguma coisa móvel, ou de raiz, ou a qualquer outra mulher, com quem tenha carnal afeição, sua mulher poderá revogar e haver para si a coisa, que assim foi dada [...]". Foi com esse fundamento das Ordenações Filipinas que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais anulou, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, o legado instituído no testamento de Cicero Ribeiro de Moura em favor de sua concubina Paulina Maria do Carmo. O relator do caso afirmou que "o testador afrontou a moralidade" (TJMG, AC nº 3.123. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1913, vol. XX, p. 265).

[470] ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. Vol. XVIII, 2003, p. 113. A proibição teve historicamente carga moral contra as mulheres, que poderiam deixar legados aos amantes, pois "o legislador visou evitar escandalosas investigações a respeito das mães de família; por isso, não feriu de nulidade as liberalidades *causa mortis* em prol do concubino das mesmas" (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 569). Para Clóvis Bevilaqua, o benefício da concubina chegava a consistir em captação dolosa por presunção (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p. 211).

[471] Em Portugal, não pode receber por testamento "a pessoa com quem o testador casado cometeu adultério", salvo para assegurar alimentos ou se o testador já estava separado há mais de seis anos (art. 2196º do Código Civil português). Capelo de Sousa afirma que a regra "tem algo de ideológico, embora vise também evitar o início ou a manutenção de uma relação adulterina interesseira" (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 175).

[472] Concubinato (e derivados) é "termo pejorativo, pois na origem grega significa dormir com certa pessoa, copular, ter relação sexual" (SIMÃO, José Fernando. In: LAGRASTE NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). *Dicionário de direito de família*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222). E ainda: "nomear uma mulher de concubina tornou-se socialmente uma ofensa. É como se se referisse à sua conduta moral e sexual de forma negativa" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 174-175).

[473] Na leitura de José Fernando Simão, a hipótese "está em total desacordo com o Direito de Família atual" (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.426).

os rumos do Direito de Família e das Sucessões contemporâneo[474]. Ainda assim, fato é que a composição dos arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil determina a nulidade da disposição testamentária em benefício de concubino(a)[475].

Embora o tema pareça antigo, há decisões recentes anulando disposições testamentárias em benefício de concubino(a). Nesse sentido, o TJSP anulou, em 2012, o testamento de Pedro Cezar Curti, casado com Maria Helena Coelho Curti, que instituiu legado em benefício de Nelci Coleta de Rezende, com quem o testador, nas palavras do Tribunal, manteve "relacionamento afetivo [...], por longa data", sem os requisitos de união estável. O TJSP partiu também da afirmação de que, "segundo alegou a própria ré [Nelci], o *de cujos* [Pedro Cezar] e a autora [Maria Helena] mantinham o *status* de casados e, consoante a prova dos autos, residiam sob o mesmo teto"[476].

---

[474] Nota-se um movimento de estudiosos do Direito de Família para abraçar diversos contornos familiares ainda não reconhecidos expressamente em lei. É o caso, por exemplo, das famílias simultâneas – formadas por mais de um núcleo familiar ao mesmo tempo. No diagnóstico de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "[n]o que diz respeito, propriamente, aos modelos familiares de conjugalidades concomitantes, isto é, a famílias conjugais (por casamento ou por união estável) paralelas ou simultâneas, o assunto tem caminhado a passos duros e lentos, com a maioria dos julgados não reconhecendo a possibilidade de tutela concomitante. Mas, aqui e ali, já se apresentam decisões que, corajosamente, já têm chancelado a possibilidade de reconhecimento. Chegaremos lá, num futuro nem tão longínquo, quiçá, quando a jurisprudência se enrobustecerá e o Poder Legislativo – ou o ativismo do Poder Judiciário – entenderem que 'a lei não refaz a sociedade, mas que a sociedade refaz a lei!'". A autora destaca que considera "a possibilidade de se concluir pela licitude da simultaneidade dos relacionamentos, com consequências jurídicas e protetivas, em muitos dos casos" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 108, 2013, pp. 201; 202. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983>. Acessado em 22.11.2018). Em jurisprudência, há casos (minoritários) de partilha de bens por famílias simultâneas, inclusive sendo um dos núcleos familiares formado por casamento. Em um desses casos, o TJRS entendeu que Ari, casado com Tânia, também constituiu, simultaneamente e por cerca de 20 anos, união estável com Edna. O Tribunal, então, dividiu o patrimônio de Ari, Tânia e Edna em três, chamada "triação" (TJRS, 8ª CC, AC nº 70039284542, Rel. Des. Rui Portanova, j. 23.12.2010).

[475] Para Maria Berenice Dias, esse impedimento "não [existe], [...][resquício] de um conservadorismo arcaico e preconceituoso" (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 350). Já para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, a proibição não atinge o concubinato incestuoso e o concubinato desleal ("a tese das famílias paralelas"): cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 190.

[476] O testamento foi elaborado em 23.8.2002 (TJSP, 10ª CDPriv., AC nº 0015071-90.2005.8.26.0576, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 14.8.2012). Em outro caso, o TJSP também declarou nula a nomeação de Maria Helena no testamento de Abelardo, casado com Ignez Amélia. Destaque-se a curiosa fundamentação do acórdão: "[p]onha-se em primeiro ponto que amizade entre pessoas de sexos distintos, em idades sexualmente ativas, sem vínculos de parentesco, é concepção quase sempre ingênua, desapegada à realidade dos seres humanos, para os quais a atração sexual é um móvel sempre presente, e que se prolonga até mesmo quando já faltem forças para a concretização amorosa, ou mais exatamente, sexual. Ora pois, relatada amplamente pela prova oral o prolongamento, pela vida toda, desde a juventude dos dois, até a morte do varão, da intimidade e da aproximação, sempre presente entre eles, naquilo que se definiu como amizade de homem e mulher, e que se manteve pleno até durante o período de casamento da ré, tão unidos os dois que, relatou também o depoimento pessoal desta, trocavam confidências pelas quais a demandada conhecia amigos e até aventuras amorosas de Abelardo [...], é evidente que não cabe ao Pretório afinar-se à admissão de uma amizade qualquer, a mesma que deverá ter o '*de cujus*' dedicado aos homens mais próximos dele, no transcorrer de sua vida" (TJSP, AC nº 89.780.4/4, Des. Rel. Marco César, v. u., j. 29.2.2000).

Já se discutiu se o concubinato invalidante deve ser "de longo tempo" ou apenas de relações eventuais. Em parecer sobre a anulação de deixa em favor da concubina, Antão de Moraes opinou que, independentemente da frequência da relação, nulo seria o legado. No caso, o testador casado instituíra legado em benefício de "uma senhora casada". Ao se abrir o testamento cerrado, a legatária providenciou escritura pública de renúncia do legado, afirmando que não existiria "a menor razão desse legado, e até mesmo parecendo um intuito de ferir os melindres da honestidade conjugal" da legatária. Tempos depois, a legatária tentou retratar a renúncia no inventário e se habilitar para receber o legado. O caso chegou ao STF, que confirmou a nulidade do testamento[477].

Vale mencionar, ainda, curiosa interpretação proposta por Edgard de Moura Bittencourt, na linha de que o legado em remuneração de prestação de serviços sexuais por "fâmula concubina" não entraria na proibição do Código Civil (antigo art. 1.719, III). A questão deslocaria a prova dos fatos para o interessado em declarar a nulidade da disposição[478].

A jurisprudência tem avançado para admitir ao testador separado de fato beneficiar pessoa com quem mantém relacionamento afetivo. Nesse sentido, o STJ já reconheceu, algumas vezes, que "a separação, de fato, do testador descaracteriza a existência de concubinato e, por corolário, afasta a pretensão [...] de [se] ver nulo o testamento, por força da vedação legal de nomeação de concubina como legatária"[479].

Além disso, o TJSP já decidiu que, para invalidar a disposição, deve-se configurar o concubinato na data de *abertura da sucessão*, e não na data de elaboração do testamento. No

---

[477] MORAES, Antão de. "Testamento cerrado. Decisão que manda cumprir – Se faz coisa julgada quanto às formalidades extrínsecas – Inobservância dessas formalidades – Ação para anulá-lo com fundamento no art. 1.719, n. III do Código Civil (Legado à concubina) – Prazo prescricional – Presunção do concubinato – Caso de nulidade do legado". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 237, 1955, p. 48. No STF, o caso recebeu a seguinte referência: STF, 2ª T, RE nº 29622/SP, Rel. Min. Afrânio Costa (Convocado), v. u., j. 21.1.1958. Em sentido contrário, Paulo Lôbo aponta que o concubinato pressupõe relação não eventual e, por isso, as relações eventuais "não impedem a nomeação da outra como herdeira ou legatária, por testamento" (LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: sucessões. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 185).

[478] Nas palavras do autor, "fâmula concubina é aquela que presta serviços assalariados a par de favores sexuais. Por estes favores e não por aqueles serviços é que a lei veda a liberalidade. Portanto, se esta se opera expressamente em atenção aos serviços e não em remuneração aos favores, não há senão dar valor à deixa. Como causa expressa contida no ato de liberalidade e presa a esta, a lei lhe dá valor (art. 1.664 do Código Civil). Cumpre ao interessado demonstrar sua falsidade, nos termos do art. 90 do mesmo Código, provando que a deixa não visava aos serviços da fâmula, mas à paga do congresso carnal. A questão remontaria aos fatos" (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969, p. 186).

[479] A Ministra Nancy Andrighi relembra que "de há muito resta consolidado no STJ a tese de que a separação de fato descaracteriza o concubinato – se o empeço restringia-se a um dos concubinos [...] – e, por corolário, afasta a pretensão da recorrente de ver nulo o testamento, por força da vedação legal" (STJ, 3ª T, REsp nº 1.338.220/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.5.2014).

caso, o testamento cerrado de White Drumond nomeou como herdeira Elvina Ruppenthal enquanto White Drumond ainda era casado com Danuta Helena Drumond; ao tempo da morte do testador, White Drumond já estava separado judicialmente de Danuta. O Tribunal entendeu, então, que "ainda que na data do testamento persistisse formalmente o casamento, na data da morte já estava decretada a separação judicial e, como rege a sucessão esse momento, não se pode dizer que [Elvina] fosse concubina"[480] – legitimando, assim, a deixa que lhe fora atribuída.

Ao contrário, para as presunções do art. 1.802, parágrafo único, do Código Civil de que os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro das pessoas apontadas no art. 1.801 seriam consideradas interpostas pessoas, já se afirmou que o motivo da ilegitimidade de suceder deve existir no *momento da elaboração* do testamento. Ou seja, é considerada interposta pessoa o ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro de quem, no momento da elaboração do testamento, estava impedido de receber o legado[481]. Da mesma forma, se, no momento da *abertura da sucessão*, não existir mais o motivo que determinou a ilegitimidade, não há que se falar em nulidade da deixa[482].

Quanto à natureza da presunção do art. 1.802, parágrafo único, do Código Civil, a maioria dos autores que escreveram à luz do Código Civil de 1916 entende que presunção é *absoluta*[483], opinião que se refletia na jurisprudência do STF[484] e que se mantém mais recentemente[485]. E há quem afirme a possibilidade de se declarar a nulidade da deixa, se provada

[480] TJSP, 3ª CDPriv., AC nº 0043657-66.1998.8.26.0000, Rel. Des. Flavio Pinheiro, j. 15.8.2000. No mesmo sentido: CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 188.
[481] Assim, "vale, por exemplo, o legado em prol de um indivíduo, embora posteriormente a sua mãe se amasie com o disponente" (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 581).
[482] É o exemplo de Zeno Veloso para o(a) concubino(a) do testador que não mantém mais relações com o testador no momento da abertura da sucessão (VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1993, p. 441). Em sentido contrário, Tito Prates da Fonseca entende que a concubina permanece "incapaz" de receber a disposição (FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão Testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 76). Para se considerar interposta pessoa, há quem também exija a análise no momento da *abertura do testamento*, de forma que se "Ticio institui herdeiro o cônjuge do filho adulterino, que pela lei é reputado pessoa interposta, mas, por ocasião da morte do testado, o filho adulterino já é falecido e só existe o cônjuge. [...] a disposição deve-se julgar válida" (LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 284). Em sentido contrário, Tito Prates da Fonseca entende que a concubina permanece "incapaz" de receber a disposição (FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão Testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 76).
[483] NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 67. O autor cita Tito Prates da Fonseca, Ferreira Alves e Clóvis Bevilaqua, entre os autores brasileiros. Também partilham a opinião Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 575) e Itabaiana de Oliveira (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 417).
[484] STF, 1ª T, RE nº 5.755/AL, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 8.11.1951.
[485] São alguns nomes: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: sucessões. Vol. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 191; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de.

a interposição fraudulenta mediante pessoas não nominadas nos arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil[486].

A interpretação dos arts. 1.801 e 1.802 deve ser restritiva[487]. Nesse sentido, o STJ já entendeu que a impossibilidade de receber legado não se estende à testemunha sócia ou associada de instituição legatária. No caso, testamento particular beneficiava a Cura Diocesana de Marília, instituição religiosa sem fins lucrativos, de quem uma testemunha do ato era associada. Não houve, para o Tribunal, "interesse algum na captação do benefício"[488].

No entanto, duas considerações merecem atenção: (a) já se decidiu que as pessoas impossibilitadas de receber herança ou legado também não podem ser nomeadas testamenteiras[489]; e (b) vozes autorizadas apontam que também não podem receber por testamento os *tradutores*, que seriam equiparados às testemunhas[490].

Questiona-se, então, a partir da premissa fixada pelo STF, o que aconteceria no caso de o testamenteiro ser expressamente dispensado do prêmio pelo testador[491]. Parece que, nessa

---

Código civil interpretado conforme a constituição da república, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 574; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado*. Vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 120; GOZZO, Débora; VENOSA, Silvio de Salvo. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Comentários ao Código Civil brasileiro. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 100; ANTONINI, Mauro. In: In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil comentado*. 8ª ed. Barueri: Manole, 2014, p. 2.016.

[486] OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.647; FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão Testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 77.

[487] NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 49.

[488] STJ, 3ª T, REsp nº 19.764/SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 30.11.1992.

[489] A decisão, à luz do art. 1.719 do Código Civil de 1916, foi proferida 20.5.1919 pela 2ª Corte de Apelação do TJRJ, sob relatoria do Des. Saraiva Junior (cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. VI. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1919, p. 167). Carvalho Santos também aponta caso idêntico – se não o mesmo – em que o pai da pessoa que escreveu o testamento a rogo foi nomeado testamenteiro de José Bento Alves de Carvalho. Aplicando o direito brasileiro, o Tribunal de origem afirmou que "essa nomeação viola senão a letra, o espírito da lei, de vez que confere ao testamenteiro uma liberalidade, e foi essa liberalidade precisamente que o legislador proibiu ao herdeiro ou legatário [...], o pensamento da lei seria burlado se pudesse ser nomeado testamenteiro o pai do escritor do testamento, porque este poderia induzir o testador a remunerar tão largamente o seu ascendente pelo serviço do cargo, que mais valeria ser testamenteiro do que herdeiro ou legatário" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXIV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, pp. 63-64). A referência de Carvalho Santos para a decisão é a seguinte: STF, Embargos ao RE nº 1.337, Rel. Min. Guimarães Natal, v. m., j. 21.9.1921. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 38, jan.-jul./1922, pp. 501-505).

[490] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p.567. Concordam com ele Orosimbo Nonato (NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 54) e Carvalho Santos (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 50).

[491] Nos casos em que o testador é omisso, há fixação de prêmio de 1% a 5% pelo juiz, o que indicaria certa razoabilidade em se enquadrar o testamenteiro no rol dos arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil. Neste sentido: BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. VI. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1919, p. 168.

circunstância, não haveria qualquer obstáculo à testamentaria, já que a pessoa impedida de receber não teria nenhum benefício econômico.

Por fim, há quem também desafie os arts. 1.801 e 1.802 do Código Civil nos casos de legado de alimentos. Para Washington de Barros Monteiro, o legado de alimentos pode ser instituído em favor das pessoas que não podem receber por testamento[492]; já Silvio Rodrigues entende que não cabe aplicar tal exceção[493].

4.5. Conversão dos bens da legítima em bens de outra espécie (art. 1.848, § 1º, do Código Civil)

O art. 1.848, § 1º, do Código Civil proíbe o testador de determinar que sejam convertidos os bens da *legítima* em outros bens de espécie diferente. Caso o testador determine que se converta o acervo (ou parte dele) destinado aos herdeiros necessários, a disposição é inválida por violar proibição legal (art. 166, VII, do Código Civil).

Mas nem sempre foi assim[494]. A evolução legislativa do tema passou, a princípio, pela impossibilidade de conversão dos bens da legítima nas Ordenações Filipinas; para a possibilidade de conversão no Decreto nº 1.839, de 1907 (Lei Feliciano Pena)[495], mantida pelo Código Civil de 1916. Dizia o texto do art. 1.723 que "a legítima dos herdeiros [...] não imped[ia] que o testador determin[asse] que [fossem] convertidos em outras espécies os bens que a constitu[íssem] [...]"[496].

---

[492] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. Vol. VI. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.
[493] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 7. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207
[494] Sobre a evolução da matéria em nossa legislação, confira-se: SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Famílias e sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, pp. 491-493.
[495] O artigo 3º do Decreto nº 1.839, de 1907, era o seguinte: "O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente [a legítima], não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legitima, proscreva-lhes a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus".
[496] Na síntese de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: "Dividiam-se os doutrinadores a respeito da utilidade e proveito dessa cláusula, taxando-a alguns de absurda, pelo fato de alterar o princípio de que a legítima é uma parte reservada sobre os bens da massa hereditária e que, por isso, deveria guardar, em relação a ela, identidade específica. Outros, no entanto, não entendiam assim, ratificando a faculdade então concedida pela lei ao autor da herança, sob a alegação de que a reserva legitimária deveria guardar, em relação ao espólio, apenas identidade valorativa. Logo, o valor da legítima dos herdeiros necessários não podia ser diminuído sob nenhuma hipótese, ainda que se desse a conversão, determinada pelo testador, dos bens originais em outros. A intenção do legislador de 1916 era clara: a conversão jamais poderia ser levada a cabo senão no melhor interesse dos herdeiros, ainda que sob o critério do autor da herança, mas sempre sem causar qualquer espécie de prejuízo, dano ou diminuição dos direitos desses sucessores" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira

Nesse contexto permissivo, o STF chegou a declarar a validade de disposição do testamento de Josephina Tancredo Silva que convertia a legítima do filho Alberto Ferreira, composta por bem imóvel, em apólices da Dívida Pública Federal[497].

Fato é que, atualmente, o art. 1.848, § 1º, do Código Civil proíbe a conversão dos bens da *legítima* em outros de *espécie diversa*[498].

Converter significa mudar, transformar, substituir uma coisa por (ou em) outra, alterar as característica (como as de uma ação)[499]. Diante disso, há quem diga que a conversão prevista no art. 1.845, § 1º, do Código Civil "pressupõe a alienação do bem pelo sucessor"[500]. De forma mais ampla, pode-se partir da premissa de que não se deseja que o herdeiro receba bem de espécie diversa daquele que, em tese, compunha seu quinhão.

O TJSC já analisou o tema e declarou a invalidade da seguinte cláusula do testamento de H. I. P.:

> [o testador] *quer e determina que, por ocasião de seu falecimento todos os seus bens, sejam móveis, imóveis e outros (créditos) que porventura existirem na data de sua sucessão, deverão ser levados a hasta pública, nos próprios autos de inventário, por valor de avaliação judicial de preço de mercado, e a serem vendidos exclusivamente pelo valor da avaliação, apurado o valor em dinheiro, para melhor divisão entre os herdeiros legítimos e testamentários. Como alternativa a venda em hasta pública pelo valor de avaliação judicial, após o sexto (6º) leilão negativo, o valor da venda poderá ser 80% do valor da mesma avaliação.*

---

de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 263). Para mais: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado*, v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 263

[497] Ao discorrer sobre a razão apta a justificar a medida imposta pela testadora, o Tribunal de origem destacou que "é provável que a testadora não confiasse na administração do 2º apelante [Adalberto] no imóvel, visando-se prevenir o condomínio dele com os irmãos" (STF, 1ª T, AI nº 18.213/DF, Rel. Min. Sampaio Costa (Convocado), v. u., j. 12.11.1956).

[498] "Se possível fosse, o testador poderia estabelecer que determinado herdeiro só recebesse sua parte da legítima em imóveis ou em ações de determinada empresa, por exemplo" (GOZZO, Débora; VENOSA, Silvio de Salvo. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. C*omentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 234).

[499] Dicionário Michaelis. Editora Melhoramentos, 2019, versão eletrônica, disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=oL1L>, acessado em 15.6.2019.

[500] SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Famílias e sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 498.

O Tribunal destacou a ofensa ao art. 1.848, § 1º, do Código Civil e a dificuldade prática de se executar a cláusula, que sequer seguiria o regramento imposto pelo testador, uma vez que a alienação em hasta pública tem procedimento próprio[501].

De se notar, ainda, que, a princípio, o testador não está proibido de determinar que se convertam os bens da parte disponível[502] – a regra é específica para os bens da *legítima*. Por isso, no precedente do TJSC, se o testador tiver instituído legatários[503], a solução adequada parece ser declarar a invalidade *parcial* da cláusula (apenas com relação aos herdeiros legítimos), tendo em vista que o Código Civil não proíbe a conversão dos bens da parte disponível.

Ressalte-se também que a regra não impede que o testador indique quais bens devem compor a parte legítima dos herdeiros necessários, individualizando os quinhões. Não só essa não é a hipótese do art. 1.848, § 1º, como é permitida pelo art. 2.014 do Código Civil.

Também não impede o testador de rogar ao Judiciário que tente evitar o condomínio e, portanto, que se promova a alienação dos bens insuscetíveis de divisão cômoda e a divisão do valor arrecadado, salvo se todos os herdeiros acordarem por adjudicar tais bens, na forma do art. 2.019 do Código Civil.

O que seriam, então, os bens de *espécie diversa*?

Eduardo de Oliveira Leite afirma que, com a regra, "suprime-se a possibilidade da conversão de bens móveis em imóveis, ou vice-versa, de dinheiro em bens, de imóveis urbanos em rurais ou vice versa, de ações nominativas em preferenciais, e assim por diante"[504].

[501] TJSC, Câmara Especial Regional de Chapecó, AC nº 2013.039682-2, Rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, v. u., j. 25.4.2016.
[502] Assim, "pode o testador declarar que determinados bens devem ser incluídos em sua parte disponível e esses sejam alienados e convertidos em outros. A proibição diz respeito somente aos bens que constituem a legítima" (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169).
[503] Não se pode concluir essa informação a partir do acórdão.
[504] LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 274. Para Arnaldo Rizzardo, "fica suprimida a conversão de bens móveis em imóveis, ou vice-versa, ou de dinheiro em bens, de áreas rurais em apartamentos, de ações nominativas em preferenciais" (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 390).

No entanto, o TJSP já aceitou a conversão de quotas de sociedade limitada em dinheiro, mediante sua liquidação, estabelecida no testamento de José de Almeida Castro Neto[505].

Pode-se pensar também na hipótese de conversão de real em outra moeda (inclusive em criptomoedas). Essa circunstância poderia atender bem, por exemplo, a um herdeiro que reside em outro país.

Em sentido oposto à conversão de moedas, salta aos olhos decisão do TJRJ que declarou nulo legado estipulado em moeda que não estava mais em circulação na data da abertura da sucessão. Tratava-se de disposição em que o testador "legou a importância de Cr$ 10.000.000,00 [cruzeiros] para 20 instituições de educação e assistência social". Na abertura da sucessão, uma das legatárias pediu para receber o legado na moeda então em curso – o cruzeiro novo. A decisão do TJRJ não permitiu atualizar a moeda por entender que acolher o pedido violaria a vontade do *de cujus* e diminuiria a "expressão econômica das demais verbas"[506].

No atual cenário, de estímulo ao planejamento sucessório, critica-se a postura do legislador em proibir a conversão dos bens da legítima. Ana Luiza Maia Nevares, por exemplo, aponta que a medida está "na contramão de ordenamentos estrangeiros, como no direito alemão"; a sugestão da autora é a de permitir a conversão em dinheiro, mas "não em outros bens diversos, uma vez que esta última hipótese poderia ampliar sobremaneira a autonomia do testador em prejuízo do legitimário"[507].

No entanto, por dificultosa que seja a regra, o Código Civil ainda determina a nulidade da cláusula testamentária que impõe ao herdeiro necessário converter os bens que recebe por sucessão legítima em bens de outra espécie[508].

---

[505] Nas palavras do Tribunal, a partir do art. 1.848, § 1º, do Código Civil, "tem-se por válidas as disposições testamentárias acerca da liquidação das quotas da sociedade Holy Grail que integram a legítima, sobretudo porque a abolição de conversão é restrita a conversão dos bens da legítima em outros bens de espécie ou natureza diversa daquela originária" (TJSP, 7ª CDPriv., AI nº 2250120-10.2015.8.26.0000, Rel. Des. Rômulo Russo, v. u., j. 23.11.2016).

[506] O testamento datava de 1956 e a abertura da sucessão, de 1974 (TJRJ, 1ª CC, AI nº 166, Rel. Des. Vivalde Couto, j. 7.10.1975. In: JURISPRUDÊNCIA brasileira. *Testamento*. Nº 81. Curitiba: Juruá, 1983, p. 177).

[507] O direito alemão "prevê ao herdeiro legitimado prejudicado com uma quota menor na divisão hereditária a que tem direito não uma prerrogativa de requerer a alienação de bens que não admitem divisão cômoda, mas sim um direito de crédito ao pagamento de uma soma em dinheiro para integrar sua quota legítima" (NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Forum, 2019, pp. 287-288).

[508] SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Famílias e sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 501.

4.6. Disposição testamentária que institui fideicomisso além do segundo grau (art. 1.959 do Código Civil)

Outra hipótese em que a disposição testamentária é nula, diz o art. 1.959 do Código Civil (em linha com o art. 166, VII, do Código Civil), tem-se ao se instituir fideicomisso além do segundo grau.

Fideicomisso é instituto originário do Direito das Sucessões que permite ao testador impor que determinados bens "fiquem sob a confiança de um herdeiro instituído (fiduciário), sobre o qual pesará a obrigação de transmitir o conteúdo da deixa testamentária a um outro herdeiro ou legatário (fideicomissário), também ele indicado pelo testador"[509]. O testador impõe, portanto, uma substituição – fideicomissária.

No entanto, após o Código Civil de 2002, o testador não pode mais instituir fideicomisso para beneficiar qualquer herdeiro ou legatário. O instituto se reduz apenas para beneficiar *prole eventual* de pessoa indicada pelo testador. Logo, são nulas as substituições fideicomissárias instituídas "após 11 de janeiro de 2003"[510] que beneficiem pessoas já concebidas.

Além disso, é nulo o fideicomisso em que o testador substitui os beneficiários "além do segundo grau"[511]. Logo:

> *se João for nomeado fiduciário e o primeiro filho de José (prole futura), fideicomissário, não pode o testador determinar que, depois, seus bens devem ser entregues pelo primeiro filho de José ao primeiro filho de Maria. Se o*

[509] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 407. A substituição fideicomissária tem três elementos: "a) dupla vocação; b) obrigação de conservar e restituir; c) a ordem sucessiva". Narra-se como exemplo do instituto, o fideicomisso da coroa de esmeralda da rainha Izabel, que determinou: "mando a minha coroa de esmeralda à Rainha O. Beatriz, minha filha, e rogo-lhe que a deixa à Infanta D. Maria, sua filha" (MAIA, Paulo Carneiro. *Substituição fideicomissária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, pp. 201; 226-227).

[510] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 408.

[511] A regra vem do "princípio assente em nosso sistema jurídico que a propriedade só pode ficar imobilizada por um grau, a tal ponto é isso rigoroso, que essa regra tomou aspecto geral. Assim, por exemplo, não se pode instituir um usufruto juntamente com um fideicomisso (ser usufrutuário um, fiduciário outro e fideicomissário um terceiro); nem instituir um usufruto clausulando, ao mesmo tempo, de inalienabilidade vitalícia a nua-propriedade, a não ser clausular de inalienabilidade a nua-propriedade durante a vida do usufrutuário, pois sempre, ao ser consolidada a propriedade, passando a plena, deve ser livre" (AZEVEDO, Armando Dias de. *O fideicomisso no direito pátrio*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 79).

> *fizer, vale a deixa em favor do primeiro filho de José (segundo grau) e é nula a deixa em favor do primeiro filho de Maria (3º grau)*[512].

A nulidade, entretanto, "não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório"[513].

Destaque-se que há entendimento em doutrina[514] e jurisprudência[515] de que a regra do art. 1.959 do Código Civil não impede que o fideicomisso contenha substituição vulgar[516].

Em alguns casos, todavia, a linha entre o fideicomisso de segundo grau e o fideicomisso seguido de substituição vulgar parece tênue. Para ilustrar, confira-se caso em o STJ decidiu pela validade de fideicomisso cumulado com substituição vulgar do fideicomissário.

Tratava-se do testamento público de Erenita Lundgren – filha de Arthur Lundgren, fundador da rede de varejo Lojas Pernambucanas – elaborado em 1985 no Consulado-Geral do Brasil em Genebra[517].

Em resumo, a controvérsia girava em torno da cláusula de fideicomisso. A testadora, mãe de três filhos – Anita, Robert e Anna Helena –, destinou a parte disponível do seu patrimônio, formado por quotas de sociedades limitadas, aos filhos na seguinte proporção: (*a*)

---

[512] SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.525. Na mesma linha: "não é permitido ao testador fixar que José receberá a herança como fiduciário, transmitindo-a por sua morte a Francisco e este, ao morrer, a Antônio. Neste exemplo, a previsão da substituição entre Francisco e Antônio é nula. A primeira fica preservada" (ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil comentado*. 8ª ed. Barueri: Manole, 2014, p. 2.126).

[513] FERREIRA, Waldemar. O "trust" anglo-americano e o "fideicomisso" latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 51, p. 190. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66250>. Acessado em 3.12.2019. Ou, em outras palavras, "no caso do testador estender o fideicomisso além do segundo grau, valerá apenas a instituição do gravado e do primeiro substituído, reputando-se não escrita a instituição do segundo, a não ser que ocorra motivo que anule a instituição do primeiro ou do segundo beneficiado (incapacidade, indignidade etc.), hipótese em que aproveitará ao terceiro beneficiado, que passará, então, a ser segundo beneficiado, isto é, fideicomissário" (AZEVEDO, Armando Dias de. *Do fideicomisso*. Monografia (Professor de Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de Porto Alegre, Porto Alegre, 1938, p. 35).

[514] Confira-se, por exemplo, a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: "o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso de vir a falecer antes do fiduciário ou de realizar-se a condição resolutiva, impedindo, com isso, a caducidade do fideicomisso. Nesses casos, não se estará indo além do segundo grau, já que o substituto do fideicomissário terá posição idêntica à do substituído. Não ocorre a vocação em terceiro grau, mas a substituição do segundo grau mesmo" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 411).

[515] Confira-se, por exemplo: STF, 1ª T, RE nº 67.605/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 23.9.1969.

[516] A substituição vulgar é "a designação pura e simples da pessoa – ou das pessoas – que deve tomar o lugar do herdeiro instituído, ou do legatário, para o caso de um, ou outro, não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 406).

[517] STJ, 4ª T, REsp nº 1.22.1817/PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, v. u., j. 10.12.2013.

50% para Anita; (*b*) 25% para Robert em fideicomisso, sendo Robert o fideicomissário e Anita, a fiduciária; e (*c*) 25% para Anna Helena, sendo Anna Helena a fideicomissária e Anita, a fiduciária.

A testadora foi além: o testamento previu que, em caso de morte de Robert ou Anna Helena, as quotas não se consolidariam com a fiduciária Anita; Anita deveria permanecer administrando as quotas até que os descendentes do fiduciário morto completassem 21 anos ou até o final do prazo de 20 anos contado da abertura da sucessão da testadora. Diziam as cláusulas XVII, XVIII e XXIV do testamento de Erenita Lundgren:

> *XVII) A minha metade disponível, que deverá ser constituída por ações e quotas, é dividida da seguinte maneira: deixo 50% (cinquenta por cento) à minha filha Anita Louise Regina Harley; deixo 25% (vinte e cinco por cento) a meu filho Robert Bruce Harley Junior; deixo 25% (vinte e cinco por cento) à minha filha Anna Helena Christina Harley Lundgren; XVIII) instituo, quanto aos 25% (vinte e cinco por cento) da minha metade disponível destinados ao meu filho Robert Bruce Harley Junior e aos 25% (vinte e cinco por cento) da minha metade disponível destinados à minha filha Anna Helena Christina Harley Lundgren um fideicomisso, sendo fiduciária a minha filha Anita Louise Regina Harley, fideicomisso este instituído pelo prazo de 20 (vinte) anos, a contar da data da abertura deste testamento; [...] XXIV) Na hipótese de morte dos fideicomissários, ou de um deles, as ações e quotas não se consolidarão no fiduciário, devendo ser administrada pela fiduciária em nome dos descendentes dos fideicomissários, ou pelo tempo que restar do prazo já estabelecido de 20 (vinte) anos, ou até a idade de 21 (vinte e um) anos de cada um dos descendentes, se essa condição ocorrer antes do término do prazo de 20 (vinte) anos.*

Robert faleceu antes de terminar o prazo de 20 anos do fideicomisso – o que, de acordo com a regra da testadora, obrigaria Anita a permanecer administrando as quotas até então destinadas a Robert para, no momento adequado, transferi-las aos descendentes de Robert.

Mas os descendentes de Robert, netos da testadora, questionaram a permanência (ainda que temporária) dos bens ainda nas mãos da fiduciária. Para a disputa, o caso contou com pareceres de Eduardo Ribeiro[518], pela validade do fideicomisso, alegando que não se estaria

[518] O parecer de Eduardo Ribeiro pode ser lido nos autos do REsp nº 1.221.817/PE, nas fls. 791-809.

além do segundo grau, mas diante de substituição vulgar; de Álvaro Villaça Azevedo[519], pela ineficácia, e de Zeno Veloso[520], pela nulidade do fideicomisso.

Opinando pela nulidade da cláusula fideicomissária, Zeno Veloso destaca que:

> *Na sucessão de d. Erenita Helena Groschke Cavalcanti Lundgren os bens fideicomitidos ficariam na propriedade e posse da fidúcia, sua filha Anita Louise, pelo prazo de vinte (20) anos, e, com o advento deste termo, ocorreria a substituição fideicomissária, resolvendo-se o direito da fiduciária, passando os bens fideicomitidos para a propriedade e posse dos fideicomissários, os filhos da testadora Robert Bruce e Anna Helena Christina. Esse foi o projeto da instituidora. Mas o homem põe, e Deus dispõe!* [...] *No caso em que está sendo examinado, os filhos da testadora, Robert Bruce (em 04/05/1999) e Anna Helena Christina (em 28/07/2001) faleceram prematuramente, antes do decurso de 20 anos, contados da abertura da sucessão de sua mãe, quando ocorreria, concretamente, a substituição fideicomissária.* [...] *A testadora, então, previu o fideicomisso, nomeou a fiduciária e os fideicomissários, fixou o termo em que estes recolheriam a herança – 2º grau do fideicomisso –, e foi mais adiante, por um caminho proibido, aberrante, estatuindo que, por morte dos fideicomissários, a instituição se prolongaria ainda mais, e que a deixa fideicomitida iria para os herdeiros dos falecidos fideicomissários, o que já configura um fideicomisso além do 2º grau, o que é vedado e proibidíssimo*.

Como veredito, tanto o TJPE, na origem, quanto o STJ entenderam pela validade das cláusulas. Para o STJ, em síntese:

> *De fato, não é possível nomear alguém como fiduciário a fim de que, depois de certo termo ou condição, transfira bens a outrem que, também, deve cumprir aqueles deveres de fiduciário para, por sua vez e depois de outro termo ou condição, novamente transferir os bens a outros e assim sucessivamente. Evita-se, dessa maneira, concentrar na mesma pessoa a figura de fideicomissário e de fiduciário e impedir a livre circulação de bens. Não é o que ocorre no caso concreto. Como já enfatizado, há apenas um fiduciário (a recorrente) e um grau de fideicomissário. Em nenhum momento se falou em fiduciários sucessivos, nem em beneficiários (fideicomissários) que se tornassem fiduciários de bens a serem transmitidos a outros beneficiários. O que houve, isso sim, foi a regular substituição de um dos*

[519] O parecer de Álvaro Villaça Azevedo pode ser lido nos autos do EREsp nº 1.215.953/PE, que também trata do testamento de Erenita Lundgren, nas fls. 926-958. Diz Álvaro Villaça Azevedo que "o item XXIV do testamento deixado pela Sra. Erenita [...] acaba por estabelecer substituições fideicomissárias sucessivas, até o terceiro grau, chegando aos herdeiros sucessores dos fideicomissários. Tenha-se presente que, mesmo que tivesse pré-falecido somente um dos fideicomissários, a sua parte dos bens fideicometidos também não caberia aos seus herdeiros, mas, sim, passaria ao fideicomissário remanescente, ante o direito de acrescer existente entre eles. Por isso, é ineficaz e deve ser considerada como não escrita essa disposição testamentária, no que exceder os benefícios além do segundo grau de vocação, já que afronta as normas de ordem pública contidas nos citados artigos 1.738 e 1.739 do Código Civil de 1916. [...] O testamento em análise não estabelece uma substituição vulgar; em verdade, essa disposição testamentária estabelece outra substituição sucessiva depois do fideicomissário, sendo, assim, além do segundo grau de vocação, o que é proibido por lei".

[520] O parecer de Zeno Veloso pode ser lido nos autos do REsp nº 1.221.817/PE, nas fls. 770-782.

> *sujeitos (no caso, o fideicomissário) em razão de sua morte, o que foi feito em conformidade com o art. 1729 do Código Civil de 1916 (atual art. 1947), acima transcrito.* [...] *A previsão testamentária, como se vê, é válida.*

Entendeu-se, portanto, que o testamento de Erenita Lundgren continha uma substituição fideicomissária seguida de substituição vulgar[521], o que a doutrina nomeia de substituição compendiosa[522].

Em outro caso, o STF também entendeu que haveria substituição compendiosa, e não substituição além do segundo grau. Naquela oportunidade, o STF julgou que, no testamento de Iracema Isabel Niebler, "inexiste o segundo grau de fideicomisso, pois, recebeu-se o fideicomissário substituto em virtude de o fideicomissário titular não o ter recebido, face a sua pré-morte"[523].

Em parecer que avaliou o testamento do Conde F. M. J., Silvio Rodrigues também enfrentou substituição fideicomissária um tanto criativa: o testador instituiu fideicomisso de ações de empresas de seu grupo societário, nomeando como fiduciária sua filha, M. P., e como fideicomissários (a) F., também filha do testador, ou seus herdeiros diretos; (b) E., filho do testador; (c) E., também filho do testador; (d) F. M., filho do testador; (e) um ou vários netos ou bisnetos do testador, escolhidos pela fiduciária "dentre aqueles descendentes do testador que, dentro de 21 anos da abertura da sucessão, estiver ou estiverem trabalhando em uma das empresas do Grupo M. e revele ou revelem qualidades e condições para [...] administrar ou

[521] Em outro caso, o TJSP declarou válida a substituição fideicomissária seguida de substituição vulgar do testamento de Maria Aparecida Ferreira Borba. No caso, a testadora transmitiu a totalidade dos bens a seu único filho, Reinaldo, e determinou que com a morte de Reinaldo os bens deveriam passar a eventuais netos da testadora ou a determinadas entidades filantrópicas. Reinaldo faleceu sem filhos e com uma companheira, que questionou a validade do fideicomisso. Contudo, o TJSP entendeu que não há, no caso, fideicomisso além do segundo grau, mas apenas substituição vulgar (TJSP, 5ª CDPriv., AC nº 0005562-35.1998.8.26.0624, Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, j. 29.6.2016).

[522] Na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "a substituição compendiosa [...] vem a ser a concorrência de duas substituições, a vulgar e a fideicomissária" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 406). Sobre o tema, confira-se: "Se a verba estatui 'lego a A, passando a B aos 30 anos, ou, se B tiver falecido, ou se já se casou, a C, por morte de A', vale. A é fiduciário, B e C fideicomissários condicionais disjuntivos (ou B ou C), substituindo C a B em caso de morte" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LVIII. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 270).

[523] STF, 1ª T, RE nº 67.605/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 23.9.1969.

administrarem a Organização M."; e (f) dirigentes que tenham função preponderante nas empresas[524].

Para Silvio Rodrigues, o testador apenas indicou "substitutos para os fideicomissários, no caso daqueles fideicomissários haverem morrido antes do falecimento da fidúcia. Esta última substituição é vulgar" e, portanto, a disposição "é da mais absoluta liceidade, insuscetível de ser infirmada"[525].

Além disso, para o autor, também seria incensurável o fato de que a fiduciária deveria escolher o fideicomissário, dentre os netos ou bisnetos do testador que estivessem trabalhando nas empresas do grupo, uma vez que o testador determinou o critério de escolha[526].

4.7. A ausência da justa causa para as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima (art. 1.848 do Código Civil)

Outro aspecto que limita a vontade do testador é a exigência para que haja "justa causa, declarada no testamento", para o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da parte legítima.

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (em conjunto, as "cláusulas restritivas") são restrições à livre disposição da propriedade dos bens[527]. O Código Civil de 2002 inovou[528] ao proibir o gravame da parte legítima com as cláusulas restritivas, salvo se o testador conseguir justificar a restrição através de *justa causa*, descrita no testamento.

Para além das três restrições mencionadas no art. 1.848 do Código Civil, nos testamentos elaborados antes do Código Civil de 2002 deve-se observar também a regra de

[524] RODRIGUES, Silvio. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento [...]". In: *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 268-269.
[525] RODRIGUES, Silvio. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento [...]". In: *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 275-276.
[526] RODRIGUES, Silvio. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento [...]". In: *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 276.
[527] Para mais, confira-se: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 718-748.
[528] O art. 1.723 do Código Civil de 1916 permitia a imposição de cláusula de inalienabilidade e incomunicabilidade independentemente de justificativa.

transição do art. 2.042. Essa regra determina que, mesmo em testamentos anteriores ao Código Civil de 2002, as cláusulas restritivas não subsistem se, um ano após a vigência do atual Código (falamos de janeiro de 2004, portanto), os testadores que elaboraram testamentos na vigência do Código Civil de 1916 não aditaram o testamento para prever a justa causa.

Registre-se entendimento jurisprudencial no sentido de que "gravar um bem com cláusula de usufruto em favor de terceira pessoa, que não a sua proprietária, é o mesmo que impor restrições e condições à alienação deste bem, conduta esta que é vedada expressamente pelo art. 1.848"[529].

Nessa linha já decidiu o TJSP, ao julgar disposição testamentária de Dirceu Sartori[530]. O testador, que deixou o filho (Roberto Sartori) e a companheira (Neusa dos Santos) como herdeiros, destinou para Neusa dos Santos dois imóveis mais o usufruto vitalício sobre todo o patrimônio do testador e, ao filho, a nua propriedade desses bens. A disposição do testador estabeleceu que:

> *A parte disponível de seu patrimônio será atribuída inteiramente a Neusa dos Santos e será composta pelos seguintes bens: I- Os imóveis da Rua José Bassil Dower, 212 e Rua Bassil Dower, 224 (...). II- O usufruto vitalício integral de todo o patrimônio que possuir. III- Seu filho, Roberto Sartori, por conseguinte, receberá como herança a nua-propriedade de seu patrimônio líquido, considerando inclusive os bens adquiridos durante a união estável com sua companheira.*

O TJSP declarou nula a disposição testamentária de Dirceu Sartori por exceder a parte legítima e, com isso, violar os arts. 1.789 e 1.846 do Código Civil.

Há também quem sustente que a mesma consequência se aplica em caso de o testador atribuir a administração da legítima a terceiro, que não o herdeiro. O tema é objeto de parecer de Silvio Rodrigues, sobre o testamento de Valentin Bezerra, casado com Alzira Bezerra e pai

[529] No caso, a testadora Maria da Conceição Scheffer gravou todo o seu patrimônio com usufruto vitalício em benefício de uma das herdeiras (TJMG, 1ª CC, AC nº 1.0145.03.082805-0/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, v. m., j. 8.11.2005). No mesmo sentido, o TJRS declarou nulo o usufruto vitalício que o testador Virgílio impôs à esposa Gilda, na parte legítima (TJRS, 7ª CC, AC º 70053479176, Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, v. u., j. 26.6.2013). Em outro caso, o TJSC declarou nula a cláusula de usufruto em que a testadora Maria Lydia Gaio impôs sobre a legítima dos herdeiros sem justa causa. A cláusula do testamento de Maria Lydia Gaio tinha a seguinte redação: "se os quinhões hereditários dos demais herdeiros necessários/legítimos, inobstante o respeito as disposições acima, alcançarem o imóvel rural descrito no item '2', fica instituído sobre o imóvel o usufruto vitalício em favor do herdeiro Lauri Gaio" (TJSC, 7ª CC, AC nº 0000267-04.2016.8.24.0022, Rel. Des. Osmar Nunes Júnior, v. u., j. 25.7.2019).

[530] TJSP, 3ª CDPriv., AC nº 1001105-83.2015.8.26.0417, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 27.11.2019.

de três filhas. No testamento, Valentin Bezerra atribuiu "à sua mulher Alzira Bezerra a administração de todos os bens que fica[ss]em por morte dele testador, durante toda a vida de sua mulher, ressalvada a esta a faculdade de exonerar-se apenas da administração dos bens das filhas, se achar conveniente"[531]. Na opinião de Silvio Rodrigues, a disposição testamentária era inválida por representar gravame ilegal à parte legítima.

Além disso, já se considerou inválida a disposição que gravou com cláusulas restritivas duas gerações de herdeiros (os filhos e os netos do testador), ao argumento de que o gravame não poderia ultrapassar uma geração[532].

O que seria, então, a justa causa? Grosso modo, a justa causa[533] é o (ou um conjunto de) justificativa(s) razoável(is) a impedir que determinado bem deixe o patrimônio do herdeiro – seja a título de alienação, expropriação ou comunicação patrimonial decorrente de relação afetiva[534]. A análise da justa causa há de ser, portanto, casuística[535].

Além disso, a justa causa deve se manter durante todo o período de gravame – já que o testador pode estabelecer prazo ou deixar o gravame vitalício. Se deixar de existir justa causa, o gravame pode ser levantado.

---

[531] RODRIGUES, Silvio. "Testamento. Cláusula testamentária deixando administração de legítima dos bens à viúva. Invalidade da disposição. Limites legais à clausulação de legítima. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil. Mandato tácito. Conceito. Obrigações do mandatário, inclusive a de prestar contas. Liberalidade. Quando feita com bens do espólio imputam-se no quinhão do inventariante". In: *Direito Civil aplicado*. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 177.

[532] TJRS, 7ª CC, AC nº 70075754457, Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, v. u., j. 12.12.2017.

[533] O conceito de justa causa é tema para estudo específico. Confira-se a respeito: MONTEIRO, Lucas Rosa. *A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Também sobre o tema: GIORGIS, José Carlos Teixeira. A justa causa no novo testamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Vol. 2. São Paulo: Método, 2004, pp. 145-166.

[534] A ideia é estabelecer uma proteção patrimonial ao herdeiro. Essa "proteção" não é livre de críticas já que, em muitos casos, engessa o patrimônio do herdeiro de forma negativa. Por todos, confira-se: NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 242-250.

[535] Lucas Rosa Monteiro faz um apanhado de doutrina e elenca as principais diretrizes interpretativas da justa causa, sugerindo que a motivação "(i) deve guardar relação com a finalidade de proteção implícita da respectiva cláusula, (ii) não pode ter ligação com sentimentos poucos nobres do autor do testamento, como vaidade, egoísmo, arbitrariedade ou vingança, (iii) não pode conter explicação genérica referente à intenção implícita por trás do gravame, (iv) não pode traduzir uma opinião pessoal do testador em relação ao sucessor e (v) deve se basear em fatos concretos que demonstrem a necessidade de tutela. [...] Se o herdeiro necessário for incapaz, entende-se que a regra traçada deve ser mitigada" (MONTEIRO, Lucas Rosa. *A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 157-158).

Questiona-se, contudo, a consequência da inexistência, ilicitude ou falta de prova de justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade opostas à legítima, prevista no art. 1.848 do Código Civil.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, uma primeira conclusão é certa: "apesar de não estar expresso, é ilação logicamente admissível a de que o juiz, reconhecendo a ausência da justa causa ao interpretar o testamento, possa considerar *não escrita* uma tal disposição"[536].

Alguns autores prosseguem no exame da questão, qualificando-a como um problema de ineficácia, outros de invalidade. Pela ineficácia, por exemplo, opinam Silvio de Salvo Venosa[537], Washington de Barros Monteiro[538] e José Fernando Simão[539]. E pela invalidade, José Ulpiano[540], Ana Luiza Maia Nevares[541], Flávio Tartuce[542], Mario Roberto Carvalho de Faria[543],

[536] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 331. No mesmo sentido, para os casos de testamento elaborado na vigência do Código Civil de 1916 sem justa causa e sem aditamento, Mario Luiz Delgado afirma que as cláusulas "serão tidas como não escritas, sem qualquer comprometimento da validade do testamento" (DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.164).

[537] "Desse modo, será ineficaz, no atual sistema, a imposição pura e simples dessas cláusulas, sem sua motivação declarada no testamento; motivação essa que poderá ser discutida posteriormente à abertura da sucessão, pelos interessados" (VENOSA, Silvio de Salvo. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, nº 91, 2007, pp. 130-136).

[538] "Se o testador deixar de justificar as razões [...] tais cláusulas serão despidas de qualquer eficácia" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. Vol. VI. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 178).

[539] Nas palavras de José Fernando Simão, "[c]aso as cláusulas não sejam motivadas pelo testador, serão consideradas ineficazes, ou seja, não produzirão efeito" (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.478).

[540] Em comentários ao art. 3º do Decreto nº 1.839 de 1907 – cujo texto dispõe que "o direito dos herdeiros [...] não impede que o testador [...] proscreva-lhes a incomunicabilidade [...], estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus" –, José Ulpiano Pinto de Souza afirma que "se o testador limitar-se a estabelecer puramente que os bens legitimários serão inalienáveis, sem expressar os seus motivos ou condições, ou melhor, a sua causa, arrisca-se à impugnação da validade de sua cláusula, diante desta interpretação restrita. [...] O testador não precisa dar a causa de sua liberalidade ou disposição testamentária; mas se esta visar à inalienabilidade, grandíssima restrição à propriedade, precisa, para ser respeitada, que determine a sua causa ou as suas condições, importando a falta da expressão da causa a nulidade do encargo ou modo da inalienabilidade" (SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das cláusulas restritivas da propriedade: inalienabilidade*, impenhorabilidade incomunicabilidade, conversão e administração. São Paulo: Escolas Prof. Salesianas, 1910, pp. 91; 96).

[541] Ana Luiza Maia Nevares afirma que "a validade da cláusula restritiva estará sempre submetida à análise da permanência dos motivos que a justificaram" (NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 249). Também: NEVARES, Ana Luiza Maia. As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sob a ótica civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo: Padma, vol. 5, 2001, pp. 211-247

[542] TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 6. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 463.

[543] Na atualização de Orlando Gomes, a nota do atualizador Mario Roberto Carvalho de Faria aponta que "limitou assim o legislador o poder do testador, submetendo ao julgador a *validade* da causa expressa na disposição

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[544], Maria Helena Diniz[545], Francisco José Cahali[546], Marcelo Otero[547] e Gustavo Bandeira[548]. A questão doutrinária, nas palavras de Eroulths Cortiano Junior, ainda "está aberta"[549].

Nos tribunais, também "a jurisprudência varia em seus julgamentos"[550] e decide tanto pela invalidade quanto pela ineficácia das cláusulas restritivas sem justa causa.

No repertório do STJ, já se decidiu pela *ineficácia*, no caso, da cláusula do testamento público de Vincenzo Pace, que gravou todos os bens a serem transmitidos aos filhos com cláusula de incomunicabilidade, sem justa causa[551]. O testamento foi elaborado na vigência do Código Civil de 1916, a sucessão se abriu na vigência do Código Civil de 2002 e não se observou a regra de transição prevista no art. 2.042 do Código Civil[552].

Note-se, inclusive, que os tribunais não são uníssonos sobre o tema, nem mesmo entre seus órgãos internos. No TJSP, por exemplo, já se decidiu tanto pela ineficácia[553] quanto pela

testamentária" (GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 184).

[544] "[O] que determina a validade da cláusula não é mais a vontade indiscriminada do testador, mas a existência de justa causa para a restrição imposta voluntariamente pelo testador" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 2.420).

[545] "Não mais prevalece a nua vontade do testador, mas o justo motivo para *validar* e tornar efetiva a disposição [...]. [P]elo novel Código, [...] somente será *válida* se acompanhada da razão que a justificou" (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 6. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 281-282).

[546] "Para que tenha validade, deve ser feita pelo testador, no próprio testamento, em qualquer de suas formas legalmente previstas" (CAHALI, Francisco José. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2295).

[547] OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 118: "o autor da liberalidade que deixa injustificada a restrição à legítima (vício de forma) viola o comando do artigo 1.848 do Código Civil, que o obriga a fazê-lo, acarretando a invalidade das restrições, nos termos do art. 166, VII, do Código Civil".

[548] BANDEIRA, Gustavo. A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa, prevista no novo Código Civil para os testamentos lavrados na égide do Código de 1916. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, vol. 6, n. 24, 2003, pp. 191-204.

[549] CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Sucessão e cláusulas restritivas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 321.

[550] TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 6. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 461.

[551] STJ, 3ª T, REsp nº 1.207.103/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v. u., j. 2.12.2014.

[552] Trata-se do art. 2.042 do Código Civil, que exige que o testador adite o testamento para indicar justa causa, sob pena de "não [subsistir] a restrição".

[553] TJSP, 3ª CDPriv., AC nº 9253557-81.2008.8.26.0000, Rel. Des. Adilson de Andrade, v. u., j. 11.11.2008; TJSP, 7ª Câmara de Férias Janeiro, AC nº 9207719-91.2003.8.26.0000, Rel. Des. J. G. Jacobina Rabello, j. 29.4.2004; TJSP, 4ª CDPriv., AI nº 0506291-13.2010.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, v. u., j. 24.3.2011.

invalidade[554] de cláusula restritiva sem justa causa. Em outros tribunais, a maioria das decisões julgou pela invalidade[555].

4.8. A disposição testamentária que deserda herdeiro sem fundamento ou com fundamento estranho às hipóteses dos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil

O art. 1.964 do Código Civil proíbe a deserdação além das hipóteses dos art. 1.962 (em caso de ascendentes que deserdam descendentes) e do art. 1.963 do Código Civil (em caso de descendentes que deserdam ascendentes). Sabe-se, a partir das regras gerais do negócio jurídico, que se a lei proíbe a prática de uma conduta sem cominar sanção, a consequência é a sua nulidade (art. 166, VII). Esse é o caso das disposições que declaram a deserdação de um herdeiro fora das hipóteses legalmente admitidas[556].

[554] TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado de Férias, AI nº 9030276-22.2004.8.26.0000, Rel. Des. Marcus Andrade, j. 20.4.2005. Em outro caso, o TJSP declarou nula a seguinte cláusula: o testador "quer e determina que a parte disponível de seu patrimônio seja transmita à mulher Joana Perino Fornaciari, e na sua falta, deverá ser substituída pelos netos Larissa Fornaciari e Raphael Fornaciari; 5) sobre todos os bens que vierem a ser recebidos pelos netos, impõe as cláusulas restritivas de incomunicabilidade e impenhorabilidade vitalícias e inalienabilidade temporária, até que cada um dos netos complete a idade de 30 (trinta) anos, sendo todas as cláusulas extensivas aos frutos e rendimentos. Nos termos do artigo 1848 do Código Civil, o testador justifica a imposição das cláusulas restritivas porque objetiva a proteção dos herdeiros, dado que não tem como avaliar, presentemente, como será o futuro deles, sendo que, ademais, a morte prematura do pais dos herdeiros gera uma preocupação quanto ao futuro deles" (TJSP, 8ª CDPriv., AI nº 2050572-38.2014.8.26.0000, Rel. Des. Helio Faria, v. u., j. 28.5.2014).

[555] Pela nulidade: TJMG, 1ª CC, AC nº 1.0145.03.082805-0/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, v. m., j. 8.11.2005; TJRS, 7ª CC, AC nº 70075754457, Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, v. u., j. 12.12.2017; TJPR, 12ª CC, AC n 909.150-9, Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, v. u., j. 21.10.2015 (embora a ementa fale em "ineficácia", a decisão manteve a declaração de nulidade feita em sentença).

Ao analisar o testamento de Terezinha Rodrigues, elaborado antes do Código Civil de 2002, o TJMG o declarou ineficaz por questões relativas ao procedimento de abertura do testamento cerrado, mas ressalvou a possibilidade de se ter arguido a nulidade da cláusula de impenhorabilidade e incomunicabilidade que a testadora impôs à parte legítima por ausência de justa causa (TJMG, 1ª CC, AC nº 1.0342.04.045696-0/001, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, v. u., j. 26.11.2005).

[556] Note-se que o Código Civil não trata da deserdação do cônjuge, de forma que, para Arnaldo Rizzardo "não há como estender ao cônjuge a deserdação" (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 498). De forma semelhante, José Fernando Simão conclui que "o cônjuge e o companheiro só podem ser deserdados pelos motivos previstos no art. 1.814, [...]; mas não pelos motivos previstos nos arts. 1.962 e 1.963" (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.525). Em sentido contrário, "ainda que solitariamente", Carlos Eduardo Minozzo Poletto afirma que "o rol de condutas tipificadas pela lei que autoriza a exclusão da sucessão (indignidade sucessória) e a deserdação apresenta, em verdade, uma tipicidade delimitativa, que admite, portanto, o uso da analogia legis. Desse modo, sustentamos que o cônjuge pode ser deserdado não somente pelas mesmas causas que implicariam o seu afastamento hereditário por indignidade, mas também, por exemplo, pelos mesmos motivos que os ascendentes e os descendentes podem ser deserdados e pelas mesmas razões que o doador pode revogar judicialmente a doação por ingratidão do donatário" (POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 367-368).

A deserdação é um "ato de iniciativa do autor da herança" com o objetivo de "afastar de sua sucessão os herdeiros necessários, descendentes e ascendentes" e com "fundamento em um dos motivos permitidos em lei"[557].

O Código Civil trata da deserdação em dois artigos, cujas hipóteses são taxativas[558].

Primeiramente, autoriza-se o ascendente a deserdar o descendente que (*a*) comete ofensa física contra o ascendente; (*b*) atua com injúria grave contra o ascendente; (*c*) se envolve em "relações ilícitas" com a madrasta ou com o padrasto; (*d*) desampara o ascendente que está em alienação mental ou grave enfermidade (art. 1.962, I a IV); ou, ainda, o descendente que (*e*) atua como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso ou tentativa de homicídio contra o ascendente, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; (*f*) acusa caluniosamente o ascendente em juízo ou incorre em crime contra a honra do ascendente, de seu cônjuge ou companheiro; ou (*g*) inibe o ascendente de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, seja por violência ou meios fraudulentos (art. 1.814, I a III, do Código Civil).

Em circunstâncias semelhantes, o descendente pode deserdar o ascendente que (*a*) comete ofensa física contra o descendente; (*b*) atua com injúria grave contra o descendente; (*c*) se envolve em "relações ilícitas" com o cônjuge ou companheiro do descendente (filho ou neto); (*d*) desampara o descendente (filho ou neto) com deficiência mental ou grave enfermidade (art. 1.963, I a IV); ou, ainda, o ascendente que (*e*) atua como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso ou tentativa de homicídio contra o descendente, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; (*f*) acusa caluniosamente o descendente em juízo ou incorre em crime contra a honra do descendente, de seu cônjuge ou companheiro; ou (*g*) inibe o descendente de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, seja por violência ou meios fraudulentos (art. 1.814, I a III, do Código Civil).

O que acontece, então, se o testador deserda um herdeiro sem motivo, ou que não se encontra em uma das hipóteses legais dos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil?

---

[557] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 355.

[558] Veja-se que, mesmo taxativas, há autores que interpretam os artigos para que eles protejam outras hipóteses, como, por exemplo, em caso de "absoluta falta de vínculo afetivo entre herdeiros necessários, por período considerável de tempo, autorizada estaria a deserdação por quebra de afetividade, não por aplicação literal da lei (Código Civil, arts. 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição" (FERREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo: IOB, vol. 86, out.-nov./2014, p. 54).

Orlando Gomes aponta que a consequência da falta de motivo para a deserdação é a *nulidade* da cláusula testamentária e a consequência do motivo falso ou que não se comprova é a caducidade[559]. E os tribunais brasileiros parecem apontar para a mesma direção – da nulidade da deserdação imotivada[560].

Veja-se, por exemplo, o caso da testadora Anna Barbosa da Silva, que deserdou seu filho Orival Roberto Barbosa da Silva por tê-la agredido fisicamente e, no mesmo instrumento, legou bens a alguns sobrinhos. Os sobrinhos de Anna Barbosa ajuizaram ação para comprovar a causa da deserdação. O TJSP, entretanto, se convenceu de que as agressões de Orival Roberto foram posteriores ao testamento e que, por isso, a disposição que o deserdou era nula.

A disputa chegou ao STJ em acórdão que contou com opiniões divergentes. O relator Luis Felipe Salomão, acompanhado pela maioria, entendeu que o TJSP julgou corretamente a matéria e que, portanto, a disposição cujas razões são posteriores é nula. Ao contrário, em voto vencido, o Min. Carlos Fernando Mathias destacou que não "parece razoável fulminar ato de extraordinária importância, como é o testamento, no qual a testadora afirma que deserda em face de ter sofrido agressões, tão-só com base no fato de que os testemunhos abrangem época posterior à deserdação", fundamento pelo qual entendeu que a disposição era válida[561].

Em outro caso, o TJSP declarou inválida a disposição do testamento de Giovanni Ferrazzo que, em 1992, deserdou seus dois filhos[562]. No caso, o testador apresentou os seguintes fatos como razão para deserdá-los:

---

[559] GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 241. No mesmo sentido entende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem "nula será a disposição testamentária, não produzindo qualquer efeito" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 359). Por outro lado, José Fernando Simão aponta que na falta "de causa indicada no testamento, ou [se] a causa não for uma daquelas previstas nos arts. 1.814. 1.962 e 1.963 do CC, a deserdação é ineficaz, ou seja, o herdeiro mantém todos os seus direitos sucessórios" (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.527).

[560] Não se pretende ilustrar o tema com casos em que a razão do testador para deserdar o herdeiro não ficou comprovada, mas somente os casos em que o testador não justifica a deserdação ou a justifica em razão não prevista em lei.

[561] STJ, 4ª T, REsp nº 124.313/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v. m., j. 19.4.2009. Votaram com o relator o Min. Fernando Gonçalves, o Min. João Otávio de Noronha e o Min. Aldir Passarinho Júnior. O Min. Aldir Passarinho Júnior ressaltou, entretanto, que não concorda com o argumento de que a deserdação deve se fundar em razões anteriores ao testamento.

[562] TJSP, 10ª CDPriv., AC nº 777-4/0, Rel. Des. Roberto Strucchi, v. u., j. 16.3.1999. Curiosamente, o acórdão dá notícia de que os filhos deserdados apresentaram um parecer de Silvio Rodrigues "no qual se conclui ser injustificável a pretensão por não se basear em razão legal, além de ser nulo o testamento por defeitos formais ou anulável por vício do consentimento, maliciosamente captado por suas filhas".

> *a) artifício fraudulento é violência física para impedir a venda de um de seus bens imóveis, bem como de proceder ao loteamento da área de terras urbanas, cujo produto destinar-se-ia ao custeio do orçamento familiar; b) que a mãe dos deserdados, além de gravemente enferma, está em flagrante e manifesto desamparo pelos próprios filhos; c) por meios ilegais estão impedindo que o testador promova saques em dinheiro de suas contas bancárias; d) ajuizamento de ação de interdição, embora notório que o testador é mais lúcido do que os mesmos filhos; e) prática de atos de ingratidão e de indignidade visando privar o testador de recursos, interferindo negativamente em sua saúde para abreviar o desenlace a fim de que possam abocanhar o quanto mais cedo a herança.*

Entretanto, para o Tribunal paulista, os demais beneficiários do testamento – as filhas e netas do testador – não conseguiram comprovar nenhuma das razões do testador para deserdar os dois filhos. Por isso, o TJSP declarou inválida a disposição de deserdação do testamento de Giovanni Ferrazzo.

Em outro caso, o TJSP declarou nula a cláusula de testamento que deserdou dois filhos "havidos pelo testador fora do casamento"[563]. O Tribunal ainda reforçou a nulidade pela tentativa de dissolver a adoção desses mesmos dois filhos, outra disposição considerada nula.

Em mais um caso, o TJSP analisou o testamento de Irma Berni Alves – especialmente quanto à cláusula em que a testadora deserdou sua filha, Maria Isabel Alves Sanazar, e preferiu destinar o patrimônio ao ex-marido, Adalberto Alves. A justificativa de Irma foi a de que a filha praticou atos de injúria grave contra a testadora[564]. Diz a cláusula do testamento:

> *Declarou, neste ato, a deserdação da filha Maria Isabel Alves Sanazar, brasileira, casada, administradora de empresa* [...]*, com amparo no artigo 1.962, II, do Código Civil, por injúria grave praticada ao longo do tempo, ofendendo sua honra, dignidade, respeitabilidade, através de manifestação verbal, além de aforamento de diversos processos em face da testadora, manifestando-se por palavras escritas com expressões ultrajantes, tais como safadeza, picaretagem, tirar proveito financeiro, conseguir vantagens indevidas, armando ciladas jurídicas, desrespeitando laços familiares, a honra e a dignidade, devendo ser excluída, para todo e qualquer fim, da relação de herdeiros.*

Como consequência, o TJSP invalidou as demais disposições testamentárias, tendo em vista que essas disposições partiram da premissa de que a filha da testadora fora deserdada, ou

[563] TJSP, 7ª CDPriv., AC nº 38.708-4/9, Rel. Des. Sousa Lima, v. u., j. 24.6.1998.
[564] TJSP, 9ª CDPriv., AC nº 1007151-26.2016.8.26.0297, Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, v. u., j. 13.8.2019. Confira-se outro exemplo em que o TJSP declarou nula a deserdação de herdeiro, sem maiores detalhes fáticos: TJSP, 2ª CDPriv., AI nº 205.486-4/6-00, Rel. Des. Cesar Peluso, v. u., j. 19.2.2002.

seja, “implica[ram] em divisão dos bens que comp[unham] o espólio que desconsidera o quinhão hereditário” da filha da testadora.

À luz desta última decisão, inclusive, vale lembrar o ensinamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka no sentido de que, nos casos em que se declara a nulidade da disposição testamentária, a consequência deve ser a de tornar “nula a instituição do herdeiro (substituto) e, ainda, toda e qualquer disposição que venha ferir a legítima daquele parente que se quis deserdar”[565].

Por fim, caso curioso analisou o testamento de Florentina Vaz Pires. Em sua declaração de última vontade, a testadora deserdou um de seus filhos, Carmelino, já falecido antes de a testadora elaborar o testamento[566], e os possíveis descendentes de Carmelino (estes, por “suspeita de que o filho pré-morto teria sido assassinado e que seus descendentes estariam interessados em obter e dilapidar todo o seu patrimônio”). Ao julgar a questão, o TJSP entendeu que a deserdação não se amparou em justificativa legal e que, portanto, a disposição testamentária de Florentina era nula.

[565] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 359.
[566] TJSP, 3ª CDPriv., AC nº 119.388-4/7-00, Rel. Des. Carlos Stroppa, v. u., j. 22.5.2001.

5. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A IMPUGNAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS NULAS

Para além da especial feição da filtragem da validade do seu conteúdo, a característica *mortis causa* do testamento também justifica a presença de alguns aspectos peculiares no momento em que se suscita a invalidade de suas disposições.

Algumas delas, por sua relevância, merecem ser objeto de análise.

5.1. Testamenteiro

O Código Civil destaca, a partir do art. 1.976, capítulo inteiro no Livro do Direito das Sucessões para tratar de uma figura desenhada especificamente para a sucessão testamentária: o testamenteiro.

O testamenteiro é "pessoa de confiança do testador"[567], nomeado em testamento ou codicilo, para *cumprir* as disposições de última vontade uma vez que, por premissa, o testador jamais vai presenciar a sua eficácia. A origem da figura está, portanto, no "receio [do testador] de que as [...] disposições [fossem] desprezadas por seus herdeiros"[568].

Para zelar pelas disposições de última vontade, o testador pode escolher mais de uma pessoa, simultaneamente, ou elencar uma sequência de pessoas para atuar individualmente como testamenteiro, cada uma na ausência ou na indisponibilidade das demais (art. 1.976 do Código Civil). Exige-se, ao menos, que todos os nomeados tenham capacidade civil, nos "mesmos pressupostos da capacidade da pessoa natural"[569].

Mas nem sempre o testador aparenta sofrer com receio de não cumprirem suas disposições – tanto que há testadores que não indicam testamenteiro, o que não implica em qualquer censura do negócio jurídico, seja a título de invalidade ou ineficácia. O testamento sem indicação de testamenteiro não se invalida, pois indicar testamenteiro é uma *faculdade* do

[567] SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.536. Ou ainda, a testamentaria é "um cargo de ordem estritamente privada, um serviço de amigo, de caráter essencialmente facultativo" (LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 686).
[568] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 296.
[569] SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.534.

testador[570]. Nesse cenário, "a execução testamentária compet[irá] a um dos cônjuges, e, em falta destes, ao herdeiro nomeado pelo juiz" (art. 1.984 do Código Civil).

A função de promover a execução testamentária consiste, mais especificamente, em levar o testamento para abertura, cumprimento ou publicação judicial, prestar contas aos herdeiros e defender a validade do negócio (art. 1.981 do Código Civil)[571]. Nas palavras de José Fernando Simão, o testamenteiro, portanto, "é um verdadeiro prestador de serviços em favor do espólio"[572].

Dentre as funções do testamenteiro, "talvez a mais importante [...] seja [a de] defender a validade do testamento, com ou sem ajuda do inventariante ou dos herdeiros instituídos"[573]. E "quem *não estiver disposto* a isto *não pode continuar no cargo*"[574].

Ainda que os herdeiros confessem, transijam sobre ou renunciem a questões testamentárias, o testamenteiro deve manter a defesa da validade do negócio – não podendo, inclusive, "confessar a nulidade do testamento, o que seria até motivo cabal para os herdeiros requererem a sua remoção"[575]. E isso já foi objeto de análise por nossos tribunais.

Em caso julgado pelo TJSP a respeito do testamento de José Maria Gagliardi, a testamenteira e cônjuge sobrevivente do testador, Olga Romilda Maria Gagliardi, foi destituída do cargo porque, no exercício de suas funções, "apresentou o testamento e logo propôs demanda para sua anulação"[576].

---

[570] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 296.

[571] Há outros aspectos interessantes da testamentaria como a sua remoção (art. 1.989 do Código Civil), a responsabilidade pelos atos praticados (art. 1.986 do Código Civil) e o recebimento de prêmio (arts. 1.987 e 1.988 do Código Civil). No entanto, ao que se destina este trabalho, o aspecto essencial à validade das disposições testamentárias é a função de defender o testamento em ações que a questionem.

[572] Em síntese, "a primeira função do testamenteiro é requerer o registro do testamento. [...] [A] segunda função do testamenteiro [é a de] [...] prestar contas aos herdeiros e legatários de sua administração. [...] A terceira [...] função do testamenteiro [é] a [de] defender a validade do testamento, com ou sem ajuda do inventariante ou dos herdeiros instituídos (art. 1.981)" (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 1.535-1.536).

[573] SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.536.

[574] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 843.

[575] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 843.

[576] TJSP, 6ª CC, MS nº 40.890-1, Rel. Des. Gonçalves Santana, v. u., j. 29.12.1983. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 583, mai/1984, pp. 90-91.

Inconformada, Olga Romilda impetrou mandado de segurança em face do juízo que a destituiu. No entanto, o TJSP manteve a remoção da testamenteira, pois:

> *Ela mesma* [Olga Romilda] *moveu ação para anular o testamento. Ora, a validade do testamento é justamente dever do testamenteiro. Portanto, se a impetrante pretende justamente invalidá-lo, não pode continuar no cargo* [...]. [Olga Romilda] *se recusou a assinar o termo de testamentaria; negou-se a cumprir as disposições do testamento; ajuizou ação para invalidá-lo. Claro, pois, que só poderia ser destituída.*

Não se tem acesso, é certo, aos fundamentos pelos quais Olga Romilda propôs a ação de anulação do testamento. Sabe-se, porém, que, mesmo em casos de flagrante invalidade, a testamentaria não convive com a desconfiança.

Impõe-se que o testamenteiro acredite na validade do instrumento. Contudo, não se exige que ele promova a "defesa do indefensável" – como haveria, por exemplo, na hipótese em que o testador estabelece uma disposição cujo objeto é ilícito. Nesses casos, José Fernando Simão sugere ao testamenteiro "desistir do encargo para possibilitar ao juiz a nomeação de outro testamenteiro"[577].

Para resolver o problema do juiz, então, que ficaria numa saga interminável de nomeações e desistências (e dos herdeiros e legatários, à espera de uma conclusão), sugere-se afastar a exigência de qualquer testamenteiro em defender o indefensável, seguindo o procedimento sem testamenteiro.

Já para os casos em que o testamenteiro manifesta *dúvida* sobre a validade da disposição, Pontes de Miranda adverte que "ou o testamenteiro se convence do alegado pelo autor e requer substituição, porque não pode defender a validade, ou falta à defesa, e responde por todos os prejuízos que disso resultarem aos herdeiros, legatários e beneficiados"[578]. O problema, nesse caso, volta ao juiz para que se aponte outro testamenteiro.

[577] SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.536.
[578] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LX. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 171.

Em virtude da importância da função de defender a validade do testamento, a ação de anulação de disposição testamentária deve ser proposta em face do testamenteiro[579], cuja citação é obrigatória, sob pena de nulidade (dessa vez, do processo)[580].

5.2. A ação cabível para declarar a nulidade de disposição testamentária

> *"O juiz deve partir da licitude, e não da ilicitude. E procurar ver se há razão para a nulidade"*[581].

Não há, no Código Civil ou no Código de Processo Civil, comando expresso a impor o procedimento da ação destinada a declarar nulidade de disposição testamentária[582]. Logo, regra geral, trata-se de ação ordinária.

Na prática, a nomenclatura dessa ação ordinária é bastante criativa. Parecem mais frequentes as demandas intituladas apenas como "ação de nulidade de disposição testamentária", com algumas variações para "ação de invalidade" ou de "ação de anulabilidade". Há casos até em que a ação proposta recebeu a denominação (um tanto indecisa) de "ação declaratória de nulidade ou insubsistência ou ineficácia ou anulação de cláusula restritiva de impenhorabilidade por falta de justa causa"[583].

Essa ação de nulidade não se confunde com as demandas de abertura, cumprimento ou publicação de testamento, que se exigem no art. 735 e seguintes do Código de Processo Civil. Explica-se: ao se deparar com a notícia de testamento, o testamenteiro ou beneficiário (herdeiro

---

[579] O testamenteiro pode figurar como "autor ou réu, assistente ou oponente, apresentar-se em qualquer estado da causa, tanto na primeira como na segunda instância, intervir em quaisquer incidentes, como o de habilitação de herdeiros contra o disposto no testamento, recorrer da sentença de partilha contra a vontade do testador" (LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 694). Há quem suscite a necessidade de se citar o inventariante, se houver, ou herdeiro instituído. Assim, nas palavras de Pontes de Miranda, "discordamos, em parte, da interpretação de Clóvis Beviláqua [...], que lia o art. 1.760 pela forma seguinte: 'Será, porém, útil a quem contestar a validade do testamento citar, além do testamenteiro particular, o inventariante e os herdeiros instituídos'. Não é, às vezes, só útil: é necessário, quando já aberto o inventário e há inventariante herdeiro, instituído ou não" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LX. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 170).

[580] Nesse sentido decidiu a 3ª Turma do STJ no REsp nº 277.932/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 7.12.2004.

[581] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 113.

[582] A eficácia da sentença que julga a disposição testamentária nula, na escala de Pontes de Miranda, é declaratória negativa (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 133).

[583] TJMG, 4ª CC, AI nº 1.0598.13.001137-5/001, Rel. Des. Ana Paula Caixeta, v. u., j. 24.10.2013. Neste caso, a decisão ficou circunscrita ao exame da urgência.

ou legatário) deve apresentar o testamento em juízo para que o juiz proceda à abertura (se cerrado), ao cumprimento (se público) ou à publicação (se particular) do testamento.

O trâmite da ação de abertura, cumprimento ou publicação de testamento antecede e também independe do inventário. Após a abertura, cumprimento ou publicação do testamento, os beneficiários seguem com a partilha por inventário judicial, extrajudicial[584] ou arrolamento. Ou, se for o caso, seguem com uma ação ordinária autônoma de nulidade das disposições testamentárias.

Pergunta-se, então: o tribunal pode decidir sobre a nulidade da disposição testamentária no próprio procedimento de abertura, cumprimento ou publicação de testamento? A resposta não é unânime.

Pontes de Miranda, por exemplo, não aceita a declaração de nulidade em ação de abertura, cumprimento ou publicação de testamento, pois as nulidades dependem de "longo exame" de provas e o rito desta ação "não é o lugar, nem o momento próprio"[585]. De fato, a ação de abertura, cumprimento ou publicação de testamento tem cognição sumária[586].

Contudo, há autores que opinam favoravelmente à declaração de nulidade no próprio procedimento de abertura, cumprimento ou publicação em alguns casos – como, por exemplo, a ausência de justa causa nas cláusulas restritivas de propriedade[587].

---

[584] Recentemente o STJ julgou a matéria e permitiu o prosseguimento de inventário extrajudicial de autora da herança que deixou testamento no Rio de Janeiro (STJ, 4ª T, REsp nº 1.808.767/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.10.2019).

[585] "Nulidades, se as há, dependem de provas aliunde, de contenda de provas, de longo exame que as torne, afinal, visíveis. Essas, ainda que alegadas, não podem ser discutidas e julgadas no rito de apresentação, abertura e cumpra-se que precede ao registro e arquivamento" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 135).

[586] Nesse momento caberia apenas ao juiz "apreciar os elementos extrínsecos e formais do testamento" (TJSP, 6ª CDPriv., AC nº 0093989-22.2007.8.26.0000, Rel. Des. Reis Kuntz, j. 28.6.2007).

[587] "O pedido de invalidade da cláusula [de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade] poderá ser formulado incidentalmente ao procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento [...] quando a justa causa contiver vício de forma ou extrínseco, a exemplo da ausência da própria causa exigida pelo art. 1.848 do Código Civil, ou, quando relacionados aos argumentos de mérito, como ocorre nos questionamentos à justiça da causa, revestirem-se de evidente afronta à lei ou centrados em manifesto espírito de emulação do autor da liberalidade que o magistrado deles possa reconhecer oficiosamente" (OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99). No contexto das cláusulas restritivas sem justa causa, o TJMG analisou um caso em que o juiz de primeira instância determinou, na própria ação de abertura do testamento de Terezinha Rodrigues de Castro Magalhães, o registro do testamento sem a cláusula restritiva. O TJMG reafirmou que o procedimento de abertura e registro não deve analisar a validade das cláusulas do testamento. Entretanto, para o TJMG, o que o juiz de primeira instância fez foi declarar a ineficácia do gravame, em uma decisão "integrativa e não definitivamente constitutiva negativa". Nas palavras do Tribunal, "o registro não vai prejudicar ninguém, pois é mero ato formal e o testamenteiro, os legatários e herdeiros ou terceiros interessados poderão lutar

A jurisprudência também não é uníssona a respeito. Confira-se, por exemplo, decisão do TJRJ que entendeu que "a verificação da validade ou da eficácia de uma cláusula de testamento exige a instauração de processo próprio, com pleno contraditório"[588]. No entanto, em sentido contrário – ou seja, pela possibilidade de se anularem cláusulas testamentárias na própria ação de abertura, registro e cumprimento de testamento –, o TJSP permitiu que se prosseguisse com a ação para invalidar o testamento de Airton Flávio Mazzaferro, em que o testador beneficiou as testemunhas do ato[589].

Pergunta-se, ainda, se o tribunal pode decidir sobre a nulidade da disposição testamentária nos próprios autos de processo de inventário. O TJRJ já decidiu afirmativamente. Em caso que discutiu a nulidade de cláusulas restritivas opostas sem justa causa, o TJRJ entendeu que a matéria poderia ser julgada pelo juízo do próprio inventário, pois "não [demandava] alta complexidade a ponto de ensejar dilação probatória inadequada ao Juízo Orfanológico" e contava com a concordância dos interessados[590].

A questão, portanto, passa pelo exame de *complexidade* da declaração que se pretende receber. Em boa parte dos casos, como se observou ao longo deste trabalho, as questões parecem complexas o suficiente para reclamar o desmembramento em autos apartados ao inventário. Nessas hipóteses, pode-se pensar em conexão de ações, a depender dos elementos de cada caso concreto[591].

---

pela manutenção da cláusula em processo distinto" (TJMG, 1ª CC, AC nº 1.0342.04.045696-0/001, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, v. u., j. 26.11.2005).

588 TJRJ, 2ª CC, AC nº 2009.001.12073, Rel. Alexandre Freitas Câmara, v. u., j. 29.4.2009.

589 TJSP, 6ª CDPriv., AC nº 1010416-79.2015.8.26.0003, Rel. Des. Vito Guglielmi, v. u., j. 4.8.2016

590 TJRJ, 17ª CC, AI nº 0018288-98.2017.8.19.0000, Des. Rel. Marcia Ferreira Alvarenga, v. u., j. 21.6.2017. Também para permitir a declaração de nulidade em inventário confira-se: OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99.

591 Confira-se a ementa do acórdão: "Conflito Negativo de Competência. Ação de declaração de nulidade de cláusula de testamento. Conexão. Inventário. Distribuição por dependência. Prejudicialidade. Conflito acolhido. '(...) É evidente a relação de conexão entre a Ação Declaratória de Nulidade de Cláusula Testamentária e a Ação de Inventário e Partilha, do mesmo autor da herança [...], pois envolve as mesmas partes (herdeiros/meeiro) e mesma causa de pedir (o fato jurídico 'falecimento do autor da herança' e o cumprimento do ato jurídico 'testamento', conforme a lei sucessória). Isso porque, as duas supracitadas ações são decorrentes da mesma relação jurídica e possuem igual causa de pedir remota, qual seja, o fato jurídico 'falecimento do autor da herança e o ato jurídico', para permitir o cumprimento/execução do Testamento nos autos do processo de Inventário e Partilha. Portanto, resta em comum a causa de pedir (fundamentos de fato e de direito), configurando então, conexão de ações, nos termos do Art. 103 do CPC. Também há conexão porque os dois processos discutem relações jurídicas vinculadas por prejudicialidade (há prejudicialidade quando a eficácia do título-testamento, para ser cumprido no Juízo do Inventário e Partilha, depende do julgamento desta ação cognitiva-declaratória de nulidade do testamento)' [...]" (TJSC, 1ª Câmara de Direito Civil, Conflito de Competência nº 2010.059209-2, Rel. Des. Carlos Prudêncio, v. u., j. 15.2.2011).

Alerta-se que, qualquer que seja o caminho, o herdeiro ou legatário deve pedir a intepretação da disposição e, "só depois da interpretação, é que se tem base para requerer a declaração da nulidade ou anulação"[592].

A legitimidade ativa para propor a ação de anulação está com os herdeiros ou legatários que poderiam se beneficiar com a declaração de nulidade da disposição[593].

Em tese, não parece se verificar a legitimidade ativa de pessoas ligadas aos herdeiros ou legatários que não se beneficiariam diretamente, ao menos a princípio, com a invalidade da disposição questionada. Neste sentido, o TJRJ não reconheceu a legitimidade do pai de menor legatário para impugnar a invalidade do legado cuja administração foi confiada pelo testador a terceiro[594]. A matéria, entretanto, pode receber resposta mais flexível, a depender da casuística[595].

Questiona-se também a legitimidade ativa do Ministério Público para participar do procedimento. Note-se que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a atuação do Ministério Público era obrigatória nas demandas sobre disposições de última vontade (art. 82, II)[596]. O novo Código de Processo Civil não reproduziu essa regra geral (art. 178)[597], mas

[592] Salvo se "só uma interpretação for possível" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 266).
[593] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 341.
[594] Nessa linha, confira-se a seguinte ementa: "Testamento. Cláusula testamentária. Ação anulatória. Interesse de(o) menor. Ilegitimidade de parte. Ação de anulação de cláusula testamentária, proposta pelo pai dos menores legatários. Ilegitimidade ativa. O pai dos menores contemplados em testamento, não sendo titular da relação de direito material daí emergente, nem logicamente, partilhando o mesmo interesse com os legatários, não tem legitimidade ativa, ordinária ou extraordinária, para demandar em nome próprio a anulação da cláusula que, ao nomear um terceiro para administrar o legado, conferiu a este amplos poderes para alienar e comprometer a deixa. Apelo improvido" (TJRJ, 6ª CC, AC nº 0001278-18.1992.8.19.0000, Rel. Des. Laerson Mauro, j. 13.4.1993).
[595] O TJMG julgou improcedente ação de declaração de nulidade de cláusula de incomunicabilidade gravada no testamento de Florêncio Belo de Castro com relação aos bens deixados para sua filha, Eloína, com a justificativa de que a filha sofreria maus tratos. Antes mesmo da morte do testador, Eloína já estava separada de fato de seu marido, Pedro, e distribuiu uma ação de divórcio. O (ex-)marido de Eloína, Pedro, foi quem ajuizou a ação declaratória de nulidade da cláusula. No julgamento, o relator chegou a levantar a preliminar de falta de interesse de agir, tendo em vista que Eloína e Pedro já estariam em processo de divórcio antes da morte do testador. A preliminar foi rejeitada. No mérito, o Tribunal manteve a cláusula, considerada justa (TJMG, 3ª CC, AC nº 1.0261.12.010231-2/001, Rel. Des. Jair Varão, j. 29.5.2014).
[596] José da Silva Pacheco remete ao seguinte acórdão do TJSC: AI nº 3.393-São Joaquim, Rel. Des. Reynaldo Alves, Ac. unân. da 3ª Câm. Cív. De 16.6.1975 in BJA nº 38.207 (PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 395).
[597] Atualmente, o Ministério Público deve intervir como fiscal da lei nas ações envolvendo: "I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; [e] III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana" (art. 178 do Código de Processo Civil). Mas, na lição processual, "isso não significa, entretanto, tenha sido revogada a necessidade de intervenção [...]. A razão é simples: a intervenção, nessas situações [do antigo art. 82, II], está prevista em outros dispositivos do próprio CPC de 2015" (BARROS, Ricardo Leonel de. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 704).

manteve a atuação do Ministério Público nos inventários judiciais com herdeiros incapazes ou ausentes (art. 626) e nas ações de abertura, cumprimento e publicação de testamento (art. 735). Parece, então, que não subsiste mais a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público na ação de declaração de nulidade das cláusulas testamentárias sem herdeiros incapazes ou ausentes.

A legitimidade passiva cabe ao testamenteiro, guardião da vontade do testador e defensor da validade do testamento, na forma do art. 1.981 do Código Civil.

Poderia a matéria ser conhecida de ofício pelo julgador? Uma primeira resposta poderia apontar para uma afirmativa. Entretanto, Antonio Junqueira de Azevedo, em parecer sobre o tema, afirma que "os atos nulos não podem ser sempre declarados tais *ex-officio* pelo juiz. É preciso que se trate de nulidade de pleno direito [...] ou manifesta [...] ou [...] as encontrar provadas"[598]. O caso enfrentado pelo Professor envolvia a justa causa para cláusulas restritivas à legítima, ao que respondeu que a nulidade não poderia ser declarada de ofício[599].

O ônus da prova na ação de nulidade da disposição testamentária recai na regra geral do art. 373 do Código de Processo Civil[600] – o ônus de provar a nulidade compete ao autor, que alega ser nula a disposição, ou a outras partes, a depender das circunstâncias, se o juiz assim entender.

---

[598] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ação de nulidade de testamento – Falta de *legitimatio ad causam* de quem não é herdeiro nem legatário – Os atos nulos podem, ou não, ser atos nulos "de pleno direito" – Cânones hermenêuticos e interpretação das exigências de formalidades essenciais no testamento público. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 345, jan.-mar./1999, p. 177.

[599] Na lição do Professor, "[a]s nulidades testamentárias são, em geral, dependentes de ação. Se a nulidade não é evidente no próprio instrumento, se não está provada, ou não é manifesta, a ação é necessária e, então, impõe-se a regra geral da legitimação" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ação de nulidade de testamento – Falta de *legitimatio ad causam* de quem não é herdeiro nem legatário – Os atos nulos podem, ou não, ser atos nulos "de pleno direito" – Cânones hermenêuticos e interpretação das exigências de formalidades essenciais no testamento público. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 345, jan.-mar./1999, p. 178).

[600] Em matéria de nulidade por condição captatória (art. 1.900, I, do Código Civil), por exemplo, Pontes de Miranda afirma que "quem por acaso alegar, deve dar prova da dependência entre A e B" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 297). Em caso em que o STJ não julgou o mérito, por questões processuais, reafirmou-se o entendimento do Tribunal de origem (o TJPR) que exigiu da parte autora se desincumbir do ônus de comprovar a alegação de que a cláusula do testamento de Juarez Martins era discriminatória em razão do gênero das filhas, já que o testador deixou a disponível para o filho, Manoel Lustosa Martins. Nas palavras do STJ, "[c]aberia às insurgentes demonstrar o desacerto do acórdão recorrido, expondo as razões pelas quais a controvérsia quanto ao tratamento igualitário aos filhos não seria inovação recursal e, ainda, infirmar o fundamento quanto à não ser cabível exigir esse tratamento do testador quando decidindo acerca da metade disponível da herança" (STJ, AREsp nº 1.434.345/PR, Rel. Des. Marco Buzzi, d. m., j. 27.3.2019).

O art. 292, II, do Código de Processo Civil aponta que o valor da causa "na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico" deve ser "o valor do ato ou o de sua parte controvertida". Entretanto, há casos em que a nulidade da disposição testamentária não repercute no valor em discussão sobre o ato (caso de algumas das disposições extrapatrimoniais, por exemplo) ou repercute de forma imprecisa. Nesses casos, o valor pode ser indicado livremente pela parte[601].

Por fim, enquanto pendente a ação de nulidade, o legatário não recebe o legado, que aguarda o seu destino ao final da instrução processual[602].

5.2. O prazo decadencial para propositura dessa ação

Questão um tanto controversa em matéria de invalidade testamentária é o prazo decadencial de impugnação das disposições testamentárias.

Explica-se: na introdução ao título da sucessão testamentária, o art. 1.859 do Código Civil impõe o prazo de cinco anos, contados do registro, para impugnar *a validade do testamento*. Mais adiante, no capítulo próprio das disposições testamentárias, o art. 1.909 do Código Civil enuncia o prazo de quatro anos, contados da ciência do vício, para *anular a disposição*.

Uma primeira interpretação – mais literal, diga-se – de Caio Mário da Silva Pereira entende que o art. 1.859 deve ser aplicado às nulidades e anulabilidades do testamento e o art. 1.909 às disposições inquinadas de erro, dolo e coação. Assim, o art. 1.859:

> *abrange tanto as ações de nulidade (por incapacidade do testador, inobservância de solenidade essencial etc.), como as de anulação (por erro, dolo etc.), e cria, para o testamento, regime particular, diverso daquele a que se submetem, em regra, os negócios jurídicos* inter vivos [...]. *Se se cuidar, todavia, de ação anulatória de cláusula testamentária (não de todo o testamento), fundada na alegação de erro, dolo ou coação, o prazo*

[601] Foi o que o TJSP decidiu, em ação de nulidade de cláusula testamentária que instituiu usufruto de direito de voto de ações, no seguinte julgado: TJSP, 8ª CDPriv., AI nº 0083052-94.2000.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Lacerda. j. 18.12.2000.

[602] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 537. Em parecer de Clóvis Beviláqua referente ao testamento, já visto, de José Bento Alves de Carvalho ao legar para a dita incerta Irmandade de São Francisco, afirma-se que "o legatário é um credor da herança, e se o seu título (o testamento) é duvidoso e contestado, não poderá exigir o pagamento enquanto não se apurar a validez do seu crédito. Por isso a lei lhe nega o direito de exigir o legado enquanto se litigar sobre a validade do testamento" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXIII. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 272).

> *(igualmente decadencial) será aquele do art. 1.909, parágrafo único, que somente flui a partir 'de quando o interessado tiver conhecimento do vício'*[603].

Há também quem entenda, como Luiz Paulo Vieira de Carvalho, por exemplo, que o art. 1.859 deve se aplicar às nulidades (seja de todo o testamento ou de alguma das disposições) e o art. 1.909, às anulabilidades[604].

Por fim, Flávio Tartuce sustenta que a nulidade não convalesce com o decurso do tempo, com amparo na teoria geral das invalidades (art. 169), e, dessa forma, os arts. 1.859 e 1.909 tratam (ambos) de hipóteses de anulabilidade. O art. 1.909 deveria se aplicar, então, para casos de erro, dolo e coação e o art. 1.859 para os demais casos de anulabilidade (lesão, estado de perigo e fraude contra credores)[605].

De fato, ao propor um prazo para as nulidades testamentárias, o ordenamento jurídico parece distinguir o testamento da regra geral da teoria das invalidades – isto é, de que o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo (art. 169 do Código Civil). Mas a própria aplicação do art. 169 é controversa.

---

[603] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 340. Em outras palavras, "se o interessado pretende anular todo o testamento em virtude de vício da vontade, o prazo para fazê-lo será de cinco anos. Se pretende anular apenas uma ou algumas disposições testamentárias, o prazo será de quatro anos" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 988). Neste sentido, Zeno Veloso afirma que "como a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir" (VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21). Também: LÔBO, Paulo. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 215; ANTONINI, Mauro. In: In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil comentado*. 8ª ed. Barueri: Manole, 2014, p. 2.016.

[604] "Apesar da *contraditio* criada pelo Código Civil, sendo sabido que só é possível arguir a invalidade do testamento após a abertura da sucessão, preferimos entender que o prazo para pleitear a nulidade do referido negócio jurídico testamentário é de 5 (cinco) anos, consoante o art. 1.829 do aludido diploma legal. Todavia, para se ingressar com a ação de anulabilidade por vício da vontade, o interessado disporá de 4 (quatro) anos, sob pena de decadência de seu direito à decretação da invalidade" (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 817). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 675; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 379.

[605] Nas palavras do autor: "nos casos de nulidade absoluta, deve ser aplicado o art. 269 do Código Civil, segundo o qual a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo. Isso porque tal grau de invalidade envolve a ordem pública, não estando a ação declaratória de nulidade de testamento sujeita a qualquer prazo, seja ele prescricional ou decadencial. Em complemento, pelo fato de o testamento afastar, como premissa-regra, a sucessão legítima, deve-se ampliar a possibilidade de ingresso da ação de invalidade a qualquer tempo, eis que o direito à herança é um direito fundamental consagrado na Constituição da República" (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 6. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 377; 379). Também: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: sucessões. Vol. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 423.

Em estudo sobre o tema, Marcelo Dickstein sintetiza as opiniões de doutrina sobre a aplicação da regra por trás do art. 169 em "quatro correntes"[606]. Em síntese, entendem os autores que: (*a*) a nulidade, de fato, não se convalida com o decurso do tempo e a regra do art. 169 deve se aplicar integralmente[607]; (*b*) o negócio jurídico nulo prescreve em dez anos, prazo máximo da lei (art. 205)[608]; (*c*) a pretensão declaratória do negócio jurídico nulo não prescreve, mas os efeitos patrimoniais decorrentes da nulidade prescrevem no prazo máximo da lei, de 10 anos (art. 205)[609]; e (*d*) a pretensão declaratória do negócio jurídico nulo não prescreve, mas os efeitos patrimoniais decorrentes da nulidade seguem os prazos específicos do art. 206, conforme o caso[610]. A jurisprudência também é divergente.

A solução do Código Civil – de diferenciar o testamento dos demais negócios jurídicos para fins de convalescimento – parece acertada. Isso porque, além de gerar insegurança jurídica, a falta de prazo para declarar nulo o testamento (no todo ou em parte) não poderia produzir o resultado ideal – que seria repetir o testamento, dessa vez com todos os requisitos de validade –, já que o testador não está presente[611].

Perceba-se, entretanto, que, por estar expresso no próprio Código Civil, o prazo decadencial de nulidade do testamento não depende do debate sobre o convalescimento das nulidades. Em outras palavras, independentemente do que se pense sobre o convalescimento das nulidades como regra, fato é que o prazo do art. 1.859 traz uma *exceção* à regra geral do Código[612].

---

606 A respeito, confira-se: DICKSTEIN, Marcelo. *Nulidades prescrevem?*: uma perspectiva funcional da invalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 105-119.

607 Com este entendimento, Marcelo Dickstein aponta os nomes de San Tiago Dantas, Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Darcy Arruda Miranda e Emilio Betti, por exemplo.

608 Com esse entendimento, Marcelo Dickstein aponta os nomes de Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos e Caio Mário da Silva Pereira.

609 Marcelo Dickstein atribui esse entendimento a Leonardo Mattietto.

610 Marcelo Dickstein se filia a esse entendimento e aponta ainda os nomes de Gustavo Tepedino, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona e Humberto Theodoro Jr., dentre outros.

611 Neste sentido, explica Maria de Nazareth Lobato Guimarães: "quanto à manifesta diferença entre as sanções da invalidade proposta em sede contratual e testamentária [...], sendo escopo de toda regulamentação sucessória (não só do testamento) a busca do retorno à normalidade, há forte vantagem em não deixar ilimitadamente indefinidas as situações. Assim, e dado que o autor do acto nulo não poderá já nem ser castigado, nem repetir o ato, admite-se, sem grande custo, que, salvo casos como o de falsidade do testamento, a nulidade, mesmo apresentando regime mais largo que a anulabilidade [...] tenha, contudo, um prazo de arguição [...]. Não vemos nisso qualquer favor para o testamento, ou para o testador. Apenas favor para a segurança e certeza do trato jurídico" (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. *Revista de direito e de estudos sociais*. Coimbra: Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito, ano XVIII, nºs 1-4, 1972, p. 107).

612 Nestor Duarte indica expressamente que o art. 1.859 é exceção ao art. 169, ambos do Código Civil (DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil comentado*. 8ª ed. Barueri: Manole, 2014, p. 112).

Em curioso precedente, o TJSP aplicou a regra do art. 1.859 do Código Civil para punir coação (a despeito da redação do art. 1.909)[613]. No caso, os herdeiros alegaram que, sob coação, a testadora redigiu testamento beneficiando seu amante. Após a morte da testadora, os próprios filhos alegaram que teriam sofrido coação e estariam impedidos de impugnar o testamento; aguardaram, então, a morte do coator para ajuizar a ação de anulação. Com isso, os filhos da testadora sustentaram o início da contagem do prazo com a morte do beneficiário, momento em que teria sido cessada a coação (com amparo no art. 178, I, do Código Civil). O Tribunal, entretanto, aplicou o art. 1.859 do Código Civil e contou o prazo de cinco anos a partir do registro do testamento, reconhecendo a decadência.

Em resumo, notam-se os seguintes entendimentos sobre os prazos dos arts. 1.859 e 1.909, parágrafo único, do Código Civil:

(a) o prazo para promover a nulidade ou anulabilidade de todo o testamento é de cinco anos (art. 1.859) e o prazo para anular apenas as disposições testamentárias por vício de erro, dolo e coação é de quatro anos (art. 1.909);

(b) o prazo para promover nulidade é de cinco anos (art. 1.859) e para a anulabilidade, de quatro anos (art. 1.909); e

(c) as nulidades não se convalidam com o tempo, o prazo para promover a anulabilidade por erro, dolo ou coação é de quatro anos (art. 1.909) e o prazo de anulabilidade por lesão, estado de perigo ou fraude contra credores, de cinco anos (art. 1.859).

O início da contagem dos prazos de caducidade também recebe interpretações diferenciadas.

Já se entendeu que o início do prazo de quatro anos do art. 1.909 – que, em sua dicção, parte do conhecimento do vício – só começa a contar a partir da morte do testador, ainda que o interessado na invalidade saiba do vício enquanto o testador ainda vive[614].

[613] TJSP, 6ª CDPriv., Apelação nº 1019528-04.2017.8.26.0100, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 20.9.2018.
[614] Nas palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho, "se o interessado tomar ciência do vício antes do óbito do testador, o prazo de 4 (quatro) anos só poderá ser contado a partir do evento morte" (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 817).

Para Maria Berenice Dias, o prazo de quatro anos se inicia com o registro do testamento, momento em que, para a autora, "presume-se sua publicidade"[615]. Nesse sentido, o TJSP já entendeu que "ainda que se tratasse de aplicação do prazo do art. 1.909 do Código Civil, não haveria como admitir que o termo inicial da contagem desse prazo fosse outro que não a data do registro do testamento"[616].

Destaque-se, ainda, que diante de tantas divergências de interpretação dos prazos para invalidade do testamento, o Anteprojeto de lei para reforma do Direito das Sucessões do IBDFAM[617] prevê as seguintes redações aos artigos 1.859 e 1.909, parágrafo único, do Código Civil:

> *Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do seu registro.*
> *Art.1.909. Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados da data do registro do testamento.*

De fato, as críticas aos arts. 1.859 e 1.909 do Código Civil são inúmeras e justas. Entende-se – como Luiz Paulo Vieira de Carvalho e o Anteprojeto de lei do IBDFAM – que o art. 1.859 deve ser aplicado aos casos de nulidade e o art. 1.909, aos de anulabilidade, com a expectativa de chancela legislativa sobre o tema.

Na experiência estrangeira, o Código Civil português escolheu fórmula mais direta ao estabelecer, simplesmente, que caduca em dez anos a ação de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, contados da ciência do testamento e da causa de nulidade (art. 2308º).

5.3. O problema da validade da cláusula de não impugnar o testamento

> "[S]*urgem quase todos os dias mais ou menos explícitas, cláusulas privatórias tocantes às disposições, ora no todo, ora em parte. Os nossos doutrinadores são omissos. Omissa é a lei. Erros sem conta na prática de julgar*"[618].

---

[615] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 470.
[616] O caso tratou de nulidade por incapacidade e aplicou o art. 1.859 do Código Civil.
[617] Instituto Brasileiro de Direito de Família, "Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões". Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf>. Acessado em 3.5.2018.e
[618] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 237.

Além das dúvidas sobre o prazo e o procedimento para invalidar disposições testamentárias, questiona-se também se é válida a disposição testamentária em que o testador impõe uma penalidade ao herdeiro ou legatário que impugnar o testamento.

Trata-se de cláusula "pela qual o testador proíbe o herdeiro de atacar o testamento ou disposições que contém, sob pena de perda das vantagens que lhe concedera (legados ou benefícios)"[619], a evitar a rebeldia dos herdeiros[620].

A cláusula de não impugnar tem natureza de condição resolutiva[621]. Enquanto condição, que impõe restrições ao beneficiário da deixa, a cláusula de não impugnar não pode ser imposta à parte legítima, já que a parte legítima pertence livremente a herdeiro necessário, sem que possa sobre ela incidir qualquer elemento acidental do negócio jurídico, excetuados os casos previstos em lei[622]; caso fosse permitido, haveria deserdação sem previsão legal[623].

Já quanto à parte disponível, há autores que aceitam que o testador insira cláusula de não impugnar no testamento, com algumas ressalvas. Orosimbo Nonato, Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda e Orlando Gomes afirmam que a cláusula de não impugnar não pode

---

[619] GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 362-363. Exemplifica-se a cláusula da seguinte forma: "quem pleitear contra o testamento perderá qualquer proveito que dele provier" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 236). Destaque-se que o *pactum de non petendo*, embora seja figura próxima à cláusula de não impugnar, com ela não se confunde. Isso porque o *pactum* é o "negócio jurídico processual por meio do qual determinada parte compromete-se, de forma temporária ou definitiva, a não exigir determinado direito ou parte dele, podendo também prometer não se valer de um mecanismo processual ou procedimental a que teria direito para tal obrigação". Sobre o tema, confira-se: TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

[620] A expressão "*rebelar-se*", em relação à cláusula, vem de Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Silvio. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento [...]". In: *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 277).

[621] Há autores que nomeiam tais cláusulas como "disposição penal", como o fez Silvio Rodrigues; "cláusulas vedadoras", como o fez Orosimbo Nonato; "cláusula privatória, ou cassatória", como o fez Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda; ou, ainda, "cláusula cominatória", da espécie "cláusula de decadência ou caducidade", como fez Orlando Gomes, respectivamente nas referências que se seguem: RODRIGUES, Silvio. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento [...]". In: *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 277; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 277; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 253; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 237; GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 362.

[622] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 254.

[623] GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 366.

pretender evitar questões de ordem pública[624]. Assim, se o herdeiro ou legatário, diante de tal condição, se depara com vício de nulidade no testamento – questão de ordem pública por excelência – poderia impugnar o testamento sem enfrentar a penalidade imposta pelo testador.

Ao contrário, a condição de não impugnar permite que se afastem questões fundadas em "motivo de interesse particular exclusivo" ou de ordem privada[625]. Nesse sentido, os herdeiros e legatários estão adstritos à cláusula e não podem arguir, por exemplo, vícios na vontade do testador – hipóteses de anulabilidade, por exemplo, sob pena de perderem o benefício deixado. Seria, em outros termos, uma forma de o testador afastar alegações de fraqueza de vontade, ainda que não o consiga fazer em relação aos herdeiros necessários.

Na síntese de Carvalho Santos:

> *sobre a validade de cláusula penal tendente a assegurar a execução do testamento não são poucas também as divergências. A doutrina dominante está firmada no sentido de não ser ilícita a condição de não atacar a validade do testamento, sob pena de ficar privado do direito ao legatário se se trata de uma ação de nulidade ou redução fundada em interesses puramente privados; mas se se trata de uma ação fundada em motivo de ordem pública, neste caso a condição de não reclamar coisa alguma deve ser considerada como ilícita e a pena testamentária considerada como não existente*[626].

O TJSP já decidiu controvérsia envolvendo a questão. No caso, Luiz Boccalato legou bens a Antonia Donato, e estabeleceu a seguinte disposição testamentária:

> *Outrossim, se, apesar disso, sua companheira, dona Antonia Donato, após a morte dele, testador, por qualquer motivo ou razão, ainda que, pelo simples espírito de emulação reivindicar do espólio dele testador, e/ou de suas filhas, quaisquer direitos com base numa inexistente sociedade de fato, o legado que ora é instituído a seu favor, deixará de existir, ficando, pois, expressa e definitivamente revogado*.

[624] São palavras de Orosimbo Nonato: "se no testamento se insere cláusula vedadora de impugnação do ato em geral, acaba-se por sua validade, mas nos limites em que ela se torna lícita, isto é, se a impugnação se esforça em preceitos de ordem privada" (NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 277); e de Carlos Maximiliano: "a condição – de não atacar o testamento – jamais se considerará transgredida quando o beneficiário arguir, com fundamento, violações de regras peremptórias classificáveis entre as de ordem pública" (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 253). No mesmo sentido: GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 365; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 238.

[625] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, pp. 253-254.

[626] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, pp. 32-33.

Para o TJSP, a disposição testamentária condicional de Luiz Boccalato era válida e "absolutamente legal", pois apontava uma escolha ao legatário – entre reivindicar direitos ou aceitar o legado. Mas a decisão não foi unânime e, em voto vencido, o Des. Carlos Roberto Gonçalves entendeu que a cláusula era ilícita[627], pois o testador não pode "proibir, sob pena de perda do legado, qualquer medida judicial contra disposições do testamento".

A disciplina da condição de não impugnar também já foi objeto de pareceres de Orlando Gomes e Silvio Rodrigues[628]. Arguia-se, em ambos, se era válida a condição de não impugnar imposta à parte disponível do testamento.

O caso trata do testamento do Conde F. M. J., líder de um grupo societário, que usou o instrumento para concentrar o comando do grupo nas mãos de sua filha, M. P., também nomeada testamenteira e inventariante pelo Conde.

Na mesma oportunidade, o testador determinou que os herdeiros ou legatários que impugnassem o testamento, ou que contestassem a titularidade das ações de sua filha em assembleia geral das sociedades do grupo, perderiam o direito ao benefício testamentário. Na redação do testador:

> *Cláusula XIX – Estabeleço ainda, para reforçar o cumprimento de minha vontade aqui expressa, de forma a ser alcançado o objetivo deste testamento, que perderão o direito a qualquer dos legados e benefícios aqui instituídos, inclusive a condição de fideicomissários referidos na cláusula XIV, B, ns. 1 a 4, e o direito ao recebimento dos dividendos e bonificações em dinheiro referidos na cláusula XIV, B, n. 8, aquele ou aqueles dos meus herdeiros ou legatários que, em qualquer Juízo ou Tribunal, impugnar, direta ou indiretamente, através de terceiros, seja por meio de ação, omissão ou defesa ou apenas se ressalvarem de impugnar sob qualquer fundamento e para qualquer fim o presente testamento e a validade intrínseca ou extrínseca das*

[627] No trecho do voto vencido do Des. Carlos Roberto Gonçalves, "neste caso, não existe vedação expressa do ordenamento jurídico, mas virtual. Encontra-se no mesmo patamar a imposta pelo *de cujus*, no vertente caso, por impedir a apelante de exercer um direito fundamental, que lhe é assegurado pela Carta Magna: o de recorrer ao Judiciário para pleitear o reconhecimento da união estável, por ela amparada e elevada à categoria de entidade familiar" (TJSP, 3ª CDPriv. de Férias, AC nº 9062313-15.1998.8.26.0000, Rel. Des. Alfredo Migliore, v. m., j. 25.7.2000).

[628] Os autores publicaram os pareceres em suas obras, de forma autônoma, e sem expressa referência um ao outro ou ao caso em comento. No parecer de Silvio Rodrigues, há referência ao testador como Conde F. M. J.; já no parecer de Orlando Gomes, não há identificação alguma do testador. No entanto, ambos reproduziram exatamente a mesma redação de cláusula, inclusive com as mesmas referências numéricas a cláusulas anteriores do testamento ("*cláusula XIV, B, ns. 1 a 4*", por exemplo). Além disso, alguns detalhes chamam a atenção, como o de que ambos os casos envolverem, no testamento, a transmissão de controle de sociedade anônima à filha do testador. Destaca-se, ainda, a observação de Orlando Gomes de que o testamento por ele analisado despertou curiosidade por sua "singularidade e a raridade de algumas de suas disposições" (GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 359). De fato, não se pode atestar que os autores comentaram o mesmo testamento, mas a identidade impressiona.

> *disposições nele contidas. Verificando tal condição resolutiva, todas as prestações e legados periódicos que receberiam deverão ser atribuídos a outros herdeiros e divididos proporcionalmente entre eles*[629].

Diante da disposição testamentária do Conde, questionou-se, então: o "testador pode impor a herdeiro que impugne a validade do testamento ou de algumas cláusulas a pena de perda do direito a quaisquer legados ou benefícios que lhe caberiam?"[630].

Para Orlando Gomes, o testamento "admite, em princípio, tal cláusula consistente na enunciação de uma ameaça com pena ou, dito de outro modo, na prescrição de uma sanção que funcione como uma ameaça, a ser cumprida conforme as circunstâncias". Isso porque "nenhuma lesão ao interesse público se verifica quando um herdeiro ou legatário é compelido a perder um direito puramente privado" [631].

No entanto, há limite ao impulso punitivo do testador – a parte legítima dos herdeiros necessário. Nessa parcela do patrimônio, "não se consente, por nenhum modo, lesão à legítima"[632].

Além disso, a disposição exigia que os herdeiros ou legatários não impugnassem extrajudicialmente, em assembleia societária, a transferência das ações da sociedade para a filha do testador. Para o autor, esse trecho não teria eficácia, pois "a tanto não se pode chegar"[633].

Em síntese, à luz da disposição testamentária do Conde, Orlando Gomes opinou que a cláusula, oposta à parte disponível, era *inteiramente válida*, sendo ineficaz na parte que sanciona impugnações extrajudiciais[634].

Também para Silvio Rodrigues a validade da cláusula na parte legítima era "*enfaticamente afirmativa*", pois nada impediria o testador de limitar tais liberalidades "por

---

[629] GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 366-367.
[630] GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 361.
[631] GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 362; 365.
[632] GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 366.
[633] "Aplicá-la em razão de conduta que não diz respeito ao testamento seria emprestar à cláusula cominatória uma elasticidade que não pode ter porque é, por definição, intimidação para que o testamento e suas cláusulas sejam executados tal como saíram da vontade do testador" (GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 368-369).
[634] GOMES, Orlando. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 368.

meio de condição resolutiva inserta no testamento e que determina[sse] a revogação da deixa na hipótese do beneficiário rebelar-se contra o testamento"[635].

Haveria, dessa forma, bloqueio, por vontade do testador, de impugnação do testamento. Poderia surgir, de fato, argumento de infração constitucional ao acesso à justiça. Silvio Rodrigues nega a inconstitucionalidade, pois, na visão do autor, a cláusula de não impugnar não impede a impugnação, apenas cria uma pena ao herdeiro que pretenda impugnar o testamento[636].

Mas qual o limite da cláusula de não impugnar? Poderia o herdeiro propor alguma medida meramente interpretativa ou de execução, por exemplo, do testamento? A essa pergunta Pontes de Miranda responde que o herdeiro pode discutir o *alcance da interpretação* do testamento[637], exceto se o próprio testador também afastar essa hipótese[638].

Por tudo, no silêncio da normativa brasileira, pode-se defender a validade da cláusula de não impugnar o testamento, com as sutilezas do caso concreto a orientar sua aplicação, ressalvadas as questões de ordem pública.

---

[635] Nas palavras do autor: "Ora, se essas vantagens excedentes da legítima [parte disponível] constituem liberalidade do testador em relação a seus filhos, nada impede que o autor delas as limite, por meio de condição resolutiva inserta no testamento e que determina a revogação da deixa na hipótese do beneficiário rebelar-se contra o testamento" (RODRIGUES, Silvio. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento [...]". In: *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 278).

[636] RODRIGUES, Silvio. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento [...]". In: *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 278.

[637] Nas palavras do autor, "quem pergunta o que o testador quis, ou sustenta uma das interpretações possíveis, não tem por fito invalidar, sim fazer valer" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 238).

[638] No caso, se o testador enuncia "'disse usufruto, e não fideicomisso, e sei bem o que estou dizendo; e aos que disserem o contrário, privo-os do que deixo'" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005, p. 238). Mucio Continentino também aponta os limites de nulidade da cláusula de não impugnar o testamento e sintetiza o seguinte: "a proibição de atacar o testamento é nula: a) quando a condição implica uma substituição fideicomissária, porque a disposição contravém interesses gerais. Nesse caso, atacar o testamento transforma-se de um direito num dever; b) quando a disposição beneficia um incapaz de receber por testamento, como quando versa a questão sobre a contestação do estado da pessoa; c) quando o testamento é nulo por vícios de forma; d) quando (hipótese local do direito francês), beneficiar a disposição, escola com ensino religioso obrigatório; e) quando a vontade do testador for obtida por captação ou sugestão; f) quando a disposição excede da quota disponível legítima, lesando a reserva ou diminuindo a legítima dos herdeiros necessários" (CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1926, p. 223).

Em Portugal, o cenário legislativo é mais enfático; há previsão expressa *contra* a cláusula de não impugnar testamento no art. 2310º do Código Civil[639], em reforço ao princípio (também existente lá) de que a nulidade é questão de ordem pública[640].

E, para José de Oliveira Ascensão, a proibição do Código português atinge também as "cláusulas que certa forma relacionadas com esta, como, por exemplo, a que exclua da sucessão ou da quota disponível o sucessível que impugnar determinado testamento"[641].

Também pela nulidade das disposições, ao comentar ao direito francês, Marcel Planiol e Georges Ripert apontam que, de início, um "grande número de testadores" tentou evitar que seus herdeiros deixassem de executar o testamento e, para isso, estabeleceu a eles uma cláusula penal, o que seria *válido*. No entanto, essa cláusula "se desvi[ou] de seu objetivo" e passou também a evitar que os herdeiros ajuizassem ação de nulidade do testamento; nesse segundo cenário a cláusula é *nula*[642].

---

[639] É a redação do art. 2310º do Código Civil português: "O testador não pode proibir que seja impugnado o seu testamento nos casos em que haja nulidade ou anulabilidade". De forma semelhante, na unidade autônoma espanhola da Catalunha a cláusula de não impugnar testamento é considerada não escrita. Trata-se do art. 423-18 do Código Civil da Catalunha, na seção que trata da instituição de herdeiro sob condição, com a seguinte redação: "*Si el testador impone la condición de no impugnar el testamento o de no recurrir a los tribunales de justicia con relación a su sucesión, esta condición se tiene por no formulada y no afecta en ningún caso a la eficacia del testamento ni de la institución sometida a la condición*" (Código Civil da Cataluña. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-13533>. Acessado em 8.6.2018). Em tradução livre: "Se o testador impõe a condição de não impugnar o testamento ou de não recorrer aos tribunais de justiça com relação à sua sucessão, esta condição se tem por não formulada e não afeta em nenhum caso a eficácia do testamento nem da disposição submetida à condição".

[640] LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 487.

[641] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 86.

[642] A íntegra do comentário dos autores, em tradução livre, é a seguinte: "um grande número de testadores que desejam impedir que seus herdeiros não executem suas disposições testamentárias dispõe para excluir da sucessão ou reduzir à legítima de tais herdeiros se eles não respeitarem suas vontades. Essas cláusulas penais que contêm um legado implícito e condicional são válidas. Mas essas cláusulas rapidamente se desviaram de seu objetivo. Os testadores procuraram se proteger não apenas contra uma recusa injustificada de executar, mas também contra uma recusa justificada manifestada por uma ação de nulidade contra a vontade ou legado. Os testadores abusam de seu direito no sentido de que desejam suprimir, para garantir disposições ilegítimas, o direito de atacá-las, por exemplo, no caso de nulidade por defeito de forma ou por captura ou incapacidade do legado ou quando o testador violou a reserva do herdeiro ou fez uma substituição proibida. Consequentemente, a cláusula é nula. Essas cláusulas não são, no entanto, sem consequências possíveis. A jurisprudência reconhece que, se a ação de nulidade não for bem-sucedida, o legatário e o herdeiro estarão sujeitos à cláusula de penalidade e serão total ou parcialmente destituídos ou perderão o benefício do legado. Além disso, essas cláusulas devem ser interpretadas restritivamente; assim, no caso em que os herdeiros atacam a vontade, não podemos assimilar o caso em que eles recusam a questão, porque há defesa e não ataque". No original: "*Un grand nombre de testateurs voulant empêcher leurs héritiers de ne pas exécuter leurs dispositions testamentaires, déclarent les exclure de la succession ou les réduire à leur réserve s'ils ne respectent pas leurs volontés. Ces clauses pénales qui contiennent un legs implicite et conditionnel, sont valables. Mais ces clauses ont vite dévié de leur but. Les testateurs ont cherché à se prémunir, non seulement contre un refus injustifié d'exécution, mais aussi contre un refus justifié et manifesté par une action en nullité contre le testament ou le legs. Les testateurs abusent de leur droit en ce sens qu'ils veulent supprimer, pour assurer des dispositions illégitimes, le droit de les attaquer, par exemple au cas de nullité pour vice de forme ou pour*

Na Itália, há notícia de que se pode "considerar que a *Corte di Cassazione* e a maioria dos intérpretes consideram *válida* a condição de não contestar o testamento" que não prejudique os herdeiros legítimos[643].

5.4. O debate sobre a cláusula compromissória testamentária

Seguindo as disposições pertinentes à impugnação do testamento, questão interessante diz respeito à viabilidade de o testador impor aos herdeiros ou legatários o vínculo à arbitragem.

A arbitragem é uma "técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial"[644].

Essa técnica de solução de litígios não ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição), de forma que o STF já pronunciou a constitucionalidade da Lei nº 9.307 de 1996, que institui a arbitragem[645].

Existem duas formas de as partes se manifestarem por essa via de solução de conflitos: o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória, dois gêneros da espécie *convenção de arbitragem*. Ambas são formas de as partes exercem a autonomia privada. Daí se afirmar que a arbitragem "é um campo de liberdade; é para quem quer e sabe ser livre"[646].

---

captation ou pour incapacité du légataire ou quand le testateur a porté atteinte à la réserve de l'heritier ou fait une substituition prohibée.Dès lors, la clause est nulle. Ces clauses ne sont cependant pas sans conséquence possible. La jurisprudence reconnaît que si l'action en nullité ne réussit pas, le légataire et l'héritier se verront appliquer la clause pénale et seront soit exhérédés en tout ou en partie, soit déchus du bénéfice du legs. Ces clauses doivent d'ailleurs être interprétéés restrictivement; ainsi, au cas ou les héritiers attaquent le testament, on ne saurait assimiler le cas où ils refusent la délivrance, car il y a défense et non attaque" (PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges. *Droit civil français*. Tomo 5. Paris: Librairie Générale de droit & de jurisprudence, 1933, pp. 623-624).

643 No original: "*Come conferma di tale assunto, può considerarsi che la Corte di Cassazione, e la maggioranza degli interpreti, ritengono valida la condizione di non impugnare il testamento. Tale fattispecie, infatti, che si inquadra nel genus delle disposizioni poenae nomine, deve ritenersi illecita, solo qualora miri a garantire efficacia ad una manifestazione di volontà del de cuius, che sia contraria a norme imperative: si pensi, ad esempio, al caso in cui la stessa tuteli una clausola che leda i diritti dei legittimari, ovvero salvaguardi la cd. disposizione captatoria o ancora quella prevista, in spregio all'art. 597 c.c., in favore del notaio che ha ricevuto il testamento pubblico*" (MAURO, Giovanni di. La clausola arbitrale testamentaria. *Giustizia civile.com*, vol. 6, 2017, p. 14. Disponível em: <https://www.notaioricciardi.it/UFFICIO/Successioni_Donazioni/clausola%20arbitrale%20testamentaria%20(giust.civ.).pdf>. Acessado em 30.1.2018).

644 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

645 STF, Tribunal Pleno, SE nº 5.206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001.

646 MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 34.

O compromisso arbitral é o ajuste que as partes fazem, ao enfrentar um litígio atual e concreto, para submeter a disputa à arbitragem[647]. Em matéria de sucessão, embora a lei não seja expressa, há entendimento de que os herdeiros capazes podem convencionar a arbitragem através de compromisso arbitral[648].

Já a cláusula compromissória, diz a Lei nº 9.307 de 1996, é a convenção inserida (e aceita pelas *partes*) em *contratos* para vincular eventuais disputas envolvendo direitos *patrimoniais disponíveis* ao tribunal arbitral, conforme determinado na declaração[649].

Diz-se que a cláusula é "vazia" quando "não determina o número de árbitros, a sede da arbitragem ou outros detalhes, por exemplo, se a arbitragem será *ad hoc* ou institucional [...] idioma e a lei aplicável [se internacional]", e "cheia", quando determina maiores detalhes do procedimento arbitral[650].

No Direito das Sucessões, o estudo da cláusula compromissória é tanto escasso quanto controvertido.

Há em doutrina a notícia de que o testamento do ex-presidente norte-americano George Washington tinha disposição semelhante à cláusula compromissória, com a seguinte redação:

> [T]*odas as disputas (se infelizmente alguma surgir) deverão ser decididas por três homens imparciais e inteligentes, conhecidos pela sua probidade e discernimento; dois serão escolhidos pelos litigantes, cada um deles tendo o direito de escolher um, e o terceiro será escolhido por estes dois.* [...] *Estes três homens assim escolhidos, não limitados pela Lei ou por construções legais, declararão seu entendimento sobre a intenção do Testador; e tal*

---

[647] Confira-se: ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 219.

[648] Assim, "mesmo sendo indispensável a verificação da vontade do testador quanto ao seu último pedido em vida (motivo pelo qual o Novo Código de Processo Civil alude ao inventário judicial, verificando-se inclusive a licitude das disposições presentes no testamento), em tese, os coerdeiros (maiores e capazes) poderiam optar pela convenção de arbitragem relativa à matéria patrimonial disponível, em vez que, ao final, esta sentença pode ser levada ao Poder Judiciário para verificação do respeito às disposições de última vontade do testador, podendo, se o caso, ser anulada e devolvida ao juízo arbitral se as disposições testamentárias não tiverem sido devidamente respeitadas". As questões poderiam envolver, por exemplo, prestação de contas do inventariante (BENETI, Ana Carolina; RODOVALHO, Thiago. "Algumas considerações sobre a utilização da arbitragem no direito de família e sucessório no Brasil". In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 79-80).

[649] A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307 de 1996) determina, no art. 4º, que a "cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato". Ainda, a "cláusula nascida do acordo de vontade das partes pode visar resolver divergências relacionadas a um contrato (existência, validade, interpretação, execução etc.) ou aquelas decorrentes de qualquer outro relacionamento (arbitrável) entre as partes. Como ocorre com os contratos em geral – cujo regime se aplica – ela pode ser objeto de modificações, da cessão dos direitos que contempla, de renúncia, resilição, etc." (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Magister, 2011, p. 91).

[650] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Magister, 2011, pp. 94-95.

> *decisão será, para todos os fins, tão vinculativa para as partes como se tivesse sido exarada pela Suprema Corte dos Estados Unidos*[651].

Pergunta-se, então, se cláusula semelhante à disposição de George Washington seria válida entre nós.

De início, para analisar a cláusula compromissória testamentária, deve-se contextualizar algumas questões: (*a*) o testamento é negócio jurídico unilateral; (*b*) a cláusula é instituída pelo testador para vincular terceiros não contratantes e sequer cientes; (*c*) a cláusula não pode abarcar incapazes; e (*d*) o testamento pode envolver direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis.

Primeiramente, quanto à instituição de cláusula compromissória em negócios unilaterais, o fundamento da restrição seria a ausência de consentimento de terceiros (no caso, dos sucessores) à vontade de instaurar arbitragem[652]. No entanto, Francisco José Cahali defende que, ao aceitar o benefício do testamento, o herdeiro ou legatário aceita todos os ônus impostos, "e assume assim pela vontade expressada pelo recolhimento da herança, a obrigação legal de submeter eventual litígio com os co-herdeiros, relativamente a esta quota hereditária"[653].

Em segundo lugar, a cláusula vincularia apenas terceiros. Por isso, Carlos Alberto Carmona entende que eventual cláusula que imputa o juízo arbitral a terceiros fere a garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário[654].

Em terceiro lugar, a cláusula compromissória não pode vincular incapazes e, com isso, "não se pode falar em arbitragem, vez que a lei determina, obrigatoriamente, o procedimento judicial, por ser caso de indisponibilidade de direitos"[655].

---

[651] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

[652] Carlos Alberto Carmona não concorda com a cláusula arbitral imposta em testamento, mas reputa fraco o argumento isolado de invalidade da cláusula por ser a arbitragem instrumento contratual. Para o autor, pode haver arbitragem "fora do âmbito estritamente contratual, desde que a relação jurídica afetada pela disposição das partes seja bem identificada" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109).

[653] Ou ainda, "o momento em que o beneficiário aceita a herança é o exato instante em que o convênio arbitral adquire força obrigatória" (CAHALI, Francisco José. "Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008, pp. 54-70). Há outros casos em que contratos vinculam terceiros (que não participaram do negócio) à arbitragem, como, por exemplo, nas cessões de posição contratual com cláusulas arbitrais, como apontado por Francisco José Cahali no texto em referência.

[654] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109.

[655] BENETI, Ana Carolina; RODOVALHO, Thiago. "Algumas considerações sobre a utilização da arbitragem no direito de família e sucessório no Brasil". In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 78.

Por fim, a lei exige que os direitos arbitráveis sejam patrimoniais disponíveis. Em caso de sucessão hereditária, sabe-se, há um dever de se resguardar a parte legítima como questão de ordem pública. Dessa forma, a princípio, o testador também não poderia estabelecer ônus ao herdeiro ou legatário de ajuizar o procedimento perante tribunal arbitral para discutir aspectos relacionados à sua legítima.

Ao contrário, a parte disponível dos bens do testador pode ser gravada com quaisquer ônus – e, talvez, com cláusula arbitral[656]. Já se viu que há doutrina que autoriza a cláusula de não impugnar o testamento na parte disponível. Comparando, então, a cláusula arbitral e a cláusula de não impugnar, se o testador pode proibir o herdeiro ou legatário de impugnar o testamento, também pode indicar em qual jurisdição os herdeiros devem resolver eventuais controvérsias.

Sabe-se ainda que o Código de Processo Civil (arts. 23, II, e 610) reserva a jurisdição estatal aos inventários e ao procedimento de abertura, cumprimento e publicação de testamento.

Para Francisco José Cahali, esse não seria um impedimento à arbitragem. Entende o autor que o juiz estatal e o árbitro podem conviver harmonicamente, com atribuições diferentes, sendo vedado ao árbitro algumas matérias, como a interpretação do testamento e a verificação de termos, condições e encargos, em respeito à vontade do testador[657].

Pedro Batista Martins vai além e aponta que:

> *Pode e, não raro, deve o testador, para seu conforto e paz de espírito, indicar como árbitros pessoas que gozaram de sua inteira confiança e que tenham com ele convivido, ou são bastante conhecedoras das questões familiares que afligem o testador e do modo com este as enxerga e interpreta. O árbitro por ele indicado como ato de última vontade e com base na plenitude e autonomia dessa manifestação, deve também, por imperativo legal, estar em linha com as normas éticas e morais de conduta expostas na legislação arbitral e que são aplicáveis a todos os julgadores indicados pelos interessados. Testamento é ato pelo qual a vontade de alguém, declarada para o caso de morte, cria, transmite ou extingue direitos. Se, através do testamento, pode o testador reconhecer filho natural ou adulterino, gravar bens de cláusulas restritivas, nomear tutor para os menores e deserdar, razoável possa o interessado, também, estipular o sistema arbitral para solucionar eventuais controvérsias*

[656] CAHALI, Francisco José. "Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008, pp. 54-70.

[657] Nas palavras do autor, "*a matéria a ser submetida a um ou outro juízo é necessariamente diversa. A análise do objeto do litígio é, pois, o alicerce para se sustentar a harmonia na dualidade de juízos*" (CAHALI, Francisco José. "Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008, pp. 54-70).

> *ligadas ao testamento. Consubstancia a arbitragem determinada pelo testador típica cláusula limitativa de direito, como acontece com a imposição de dispositivo restritivo dos direitos de alienação, comunicação ou à prestação de garantia*[658].

Paulo Furtado também considera possível a cláusula compromissória testamentária, embora assegure a "quase inutilidade desta forma de arbitragem, sobretudo em face da maneira detalhista com que o nosso legislador processual se ocupou do procedimento relativo ao inventário e à partilha"[659].

O TJSP, ao contrário, já decidiu pela nulidade de cláusula compromissória em testamento. No acórdão, o Tribunal entendeu que "é nula a cláusula do testamento que obriga os sucessores a se valerem de juízo arbitral"[660].

Carlos Alberto Carmona, por sua vez, entende que a arbitragem sucessória é viável, mas que o testador não pode impor a cláusula compromissória no testamento. Em resumo, "haveria óbice de ordem constitucional à validade da cláusula compromissória inserida em testamento", pois a cláusula não pode afetar terceiros[661]. Mas os herdeiros poderiam concordar em, aberta a sucessão, levar a disputa para a arbitragem.

Em Portugal, assim como no Brasil, a legislação arbitral não prevê expressamente a cláusula compromissória para os negócios jurídicos unilaterais. Contudo, António Menezes Cordeiro entende que "o autor de uma herança pode, por testamento, fixar uma cláusula de arbitragem. Apenas se exige que se trate de quota disponível e que a cláusula em jogo respeite a ordem pública e os bons costumes"[662].

Na Itália, ainda que também ausente legislação expressa, o tópico já parece um tanto avançado[663]. Diz-se que a doutrina majoritária não aceita a cláusula compromissória em negócio

---

[658] O autor prossegue: "[c]omo características da arbitragem testamentária, temos: a) seja instituída em testamento; b) somente afetam as pessoas relacionadas com a herança, sejam ou não herdeiros necessários; e, c) que o objeto seja disponível" (MARTINS, Pedro A. Batista. "Aspectos controvertidos do compromisso". In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; Carmona, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 235-236).

[659] FURTADO, Paulo. *Juízo arbitral*. 2ª ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995, p. 61.

[660] TJSP, 10ª CDPriv., AC nº 9281671-30.2008.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Maia, j. 11.3.2014.

[661] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109.

[662] CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem*: comentários à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 97.

[663] Chega-se a propor um exemplo de cláusula arbitral testamentária: "Cobro aos meus herdeiros e legatários o ônus de estipular, entre todos eles, uma convenção de arbitragem, sobre a qual eles devem submeter qualquer controvérsia decorrente do presente testamento [...]. O ônus anterior constitui verdadeira disposição modal" (tradução livre). No original: "*Pongo a carico dei miei eredi e legatari l'onere di stipulari, tra di essi tutti, una*

jurídico unilateral[664]. Mas alguns autores defendem a validade da cláusula arbitral testamentária[665], que seria como um "fechamento", a contribuir para a completude do testamento:

> *A previsão da arbitragem é coerente com a vontade que deu impulso ao negócio: se o objetivo é dar certa estrutura aos próprios interesses, é inteiramente lógico que o* de cujus *também se preocupe em resolver regular eventual disputa sobre a interpretação ou na implementação do que foi estabelecido. Quase se poderia dizer que a cláusula compromissória é uma cláusula de "fechamento" que contribui para a completude do testamento. Por fim, é evidente a boa-fé subjacente à previsão: a única razão que pode levar o testador a prevê-la é a maior confiança nos juízes particulares, que ele considera mais adequados para proteger seus próprios interesses e os dos beneficiários*[666].

Os autores italianos que consideram válida a cláusula arbitral testamentária nem sempre concordam sobre a parte do patrimônio do testador sobre a qual a cláusula pode incidir (se na parte legítima ou na disponível)[667]. Aliás, há entre eles quem aponte dois limites gerais da

---

convenzione arbitrale, in vase alla quase gli stessi sottopongano ogni controversia derivante dal presente testamento [...]. *L'onere di cui sopra constituisce vera e propria disposizione modale*". O autor atribui a Gaetano Petrelli o exemplo de cláusula compromissória em testamento (PADOVANI, Fabio. Testamento e arbitrato. *Rassegna di Diritto Civile*. Vol. 1. Napoli. 2012, p. 106).

[664] Nas palavras de Giovanni di Mauro, "a doutrina majoritária exclui que a segunda das hipóteses mencionadas [cláusula compromissória] seja compatível com a estrutura unilateral do testamento" (tradução livre). No original: "*la dottrina maggioritaria esclude che la seconda delle ipotesi richiamate [cláusula compromissória] sia compatibile con la estrutura unilaterale del testamento*" (MAURO, Giovanni di. La clausola arbitrale testamentaria. *Giustizia civile.com*. Vol. 6. 2017, p. 7. Disponível em: < https://www.notaioricciardi.it/UFFICIO/Successioni_Donazioni/clausola%20arbitrale%20testamentaria%20(giust.civ.).pdf>. Acessado em 30.1.2018).

[665] Para Giovanni di Mauro, "a jurisdição dos árbitros nestes casos não é imposta por uma fonte estranha (como na arbitragem necessária), mas por quem deu vida ao negócio do qual se origina o litígio e representa uma legítima aplicação da sua autonomia negocial" (tradução livre). No original: "*La giurisdizione degli arbitri in questi casi non è imposta da una fonte estranea (quale la legge nell'arbitrato necessario), ma da colui che ha dato vita al negozio dal quale origina la lite, e rappresenta una legittima esplicazione della sua autonomia negoziale*" (MAURO, Giovanni di. La clausola arbitrale testamentaria. *Giustizia civile.com*. Vol. 6. 2017, p. 15. Disponível em: < https://www.notaioricciardi.it/UFFICIO/Successioni_Donazioni/clausola%20arbitrale%20testamentaria%20(giust.civ.).pdf>. Acessado em 30.1.2018).

[666] No original: "*La previsione di un arbitrato è coerente con la volontà che ha dato impulso al negozio: se l'obiettivo è conferire un determinato assetto ai propri interessi, è del tutto logico che il de cuius si preoccupi anche di regolare un'eventuale disputa sull'interpretazione o sull'attuazione di quanto statuito. Potrebbe quasi affermarsi che la clausola arbitrale sia disposizione di 'chiusura' che contribuisce alla completezza del testamento. È evidente, infine, la buona fede che sottende la previsione: l'unico motivo che può indurre il testatore a prevederla è la maggiore fiducia nei giudici privati, che ritiene più idonei a tutelare sia i propri interessi, che quelli degli istituiti*" (MAURO, Giovanni di. La clausola arbitrale testamentaria. *Giustizia civile.com*. Vol. 6. 2017, p. 6. Disponível em: < https://www.notaioricciardi.it/UFFICIO/Successioni_Donazioni/clausola%20arbitrale%20testamentaria%20(giust.civ.).pdf>. Acessado em 30.1.2018).

[667] Sobre o tema, confira-se também: MAURO, Giovanni di. La clausola arbitrale testamentaria. *Giustizia civile.com*. Vol. 6. 2017. Disponível em: < https://www.notaioricciardi.it/UFFICIO/Successioni_Donazioni/clausola%20arbitrale%20testamentaria%20(giust.civ.).pdf>. Acessado em 30.1.2018.

cláusula arbitral em testamento: a legítima dos herdeiros necessários e a inaplicabilidade perante terceiros não beneficiários do testamento[668]. Chega-se também a questionar se o testador pode apontar, no testamento, o árbitro ou tribunal que deve apreciar eventual controvérsia[669].

Na Espanha, o cenário é outro – a própria lei permite a arbitragem testamentária (art. 10 da Lei nº 60/2003)[670]. Diante disso, segundo Francisco José Cahali, "a doutrina majoritária acabou por admitir a arbitragem testamentária estabelecida a sucessores necessários, desde que restrita a previsão exclusivamente à parcela disponível do acervo hereditário"[671]. O escopo da cláusula espanhola é bastante abrangente e persiste até após a distribuição dos bens aos herdeiros, como, por exemplo, para contemplar questões envolvendo a administração de bens em condomínio[672].

---

[668] Nas palavras do autor, "dois limites gerais: a incompatibilidade de cláusulas compromissórias com a proteção dos herdeiros legítimos; a inaplicabilidade de cláusulas compromissórias a terceiros fora dos beneficiários da vocação testamentária" (tradução livre). No original: "*due limite generali: la incompatibilità di clausole arbitrali con la tutela dei legittimari; l'inaplicabilità di clausole arbitrali a terzi estranei rispetto ai beneficiari della vocazzione testamentaria*" (PADOVANI, Fabio. Testamento e arbitrato. *Rassegna di Diritto Civile*. Vol. 1. Napoli. 2012, p. 109).

[669] Fabio Padovani entende que não. Tradução livre: "É incerto se o testador pode escolher os árbitros: parece que a solução negativa prevalece, devido à personalidade invocada ao direito de ação". No original: "*Incerto è se il testatore possa egli scegliere gli arbitri: sembre prevalere la soluzione negativa, per la invocata personalità del diritto di azione*" (PADOVANI, Fabio. Testamento e arbitrato. *Rassegna di Diritto Civile*. Vol. 1. Napoli. 2012, p. 112). Sobre os autores que discutem a matéria, confira-se: MAURO, Giovanni di. La clausola arbitrale testamentaria. *Giustizia civile.com*. Vol. 6. 2017, pp. 14-15. Disponível em: < https://www.notaioricciardi.it/UFFICIO/Successioni_Donazioni/clausola%20arbitrale%20testamentaria%20(giust.civ.).pdf>. Acessado em 30.1.2018.

[670] É o texto do art. 10 da Lei 60/2003: "*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*". Em tradução livre: "Também será válida a arbitragem instituída por disposição testamentária para resolver diferenças entre herdeiros necessários e legatários em questões relacionadas à distribuição e administração da herança". Francisco José Cahali, em estudo sobe o tema, aponta que, antes da referida lei, já haviam precedente do *Tribunal Supremo* e resoluções da *Dirección General de Los Registros y del Notariado* sobre o tema (CAHALI, Francisco José. "Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008, pp. 54-70).

[671] CAHALI, Francisco José. "Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008, pp. 54-70.

[672] Nas palavras de Francisco José Cahali, "tanto as questões atuais (no curso do inventário) como futuras, se contêm no objeto da arbitragem. Desta forma, mesmo após efetivada a partilha, as controvérsias entre os sucessores, relativamente àquele patrimônio gravado, quanto à administração se em condomínio, e até mesmo para divisão, se permitida, serão submetidas à arbitragem" (CAHALI, Francisco José. "Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008, pp. 54-70). Além do árbitro, a legislação espanhola prevê a possibilidade de o testador nomear *contador-partidor*, que fica encarregado de liquidar e distribuir a herança, com todas as suas providências (CAHALI, Francisco José. "Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008, pp. 54-70).

Embora o modelo espanhol de cláusula arbitral testamentária pareça teoricamente transponível ao Brasil (como opina Francisco José Cahali), fato é que a Lei de Arbitragem brasileira não prevê a arbitragem testamentária de forma expressa.

Além de a cláusula compromissória se impor somente aos beneficiários da parte disponível do patrimônio do testador, o testador pode filtrar matérias que devem ser objeto de arbitragem. Assim, o testador pode destacar como objeto de arbitragem apenas as disputas que envolvam determinadas participações societárias, deixando questões sobre outros aspectos à jurisdição estatal, por exemplo.

Em resumo, a validade da cláusula arbitral testamentária é matéria controversa. Alguns países, como a Espanha e a Itália, parecem aprofundar a discussão e, no caso da Espanha, já há reflexos legislativos para autorizá-la.

No Brasil, ainda que sem previsão legal, a cláusula arbitral testamentária parece ter validade *defensável* se restrita à parte disponível dos bens do testador. A matéria, entretanto, ainda exige maior maturidade da doutrina e da jurisprudência para que se possa apontar um diagnóstico apropriado.

CONCLUSÃO

"*The law of death is immortal*"[673].

Esta dissertação procura fotografar o espaço de revisão do conteúdo do testamento e discutir a adequação jurídica da análise de mérito das escolhas do testador à luz do panorama contemporâneo da sucessão testamentária – em que se percebe uma flexibilização dos requisitos legais sobre o formalismo do testamento e uma revisão da capacidade ativa do testador, dois vetores históricos da sucessão testamentária, por parte de legislação, doutrina e jurisprudência.

Para isso, aponta-se a dogmática do Direito Civil como caminho metodológico e parte-se da teoria do negócio jurídico, da maneira como Antonio Junqueira de Azevedo a descreve, como guia nessa trajetória.

Diante disso, pode-se verificar que a revisão de mérito das escolhas do testador está inserida estruturalmente no âmbito da filtragem de conteúdo do testamento, mais especificamente no plano da validade do negócio jurídico, determinando-se como sanção a nulidade das disposições testamentárias que contrariem determinadas pautas definidas por lei.

Destaque-se que a análise da validade das disposições testamentárias se insere no contexto imposto pelo espírito de compromisso do Direito das Sucessões brasileiro: o constante equilíbrio (o "pêndulo") entre a liberdade de testar e a proteção do patrimônio familiar. Essa tensão se reafirma quase que em todos os pontos deste trabalho.

Em síntese, este trabalho permite concluir que:

(a) a disciplina das invalidades é intrincada, o que repercute no estudo das nulidades das disposições testamentárias. Dessa forma, exige-se maior atenção por parte da ciência jurídica – e maior esforço interpretativo do julgador – na análise das hipóteses de nulidade das escolhas do testador;

(b) a análise de validade do conteúdo do testamento tangencia, em alguns casos, as concepções morais do julgador. No entanto, o controle valorativo das escolhas

[673] HIRSCH, Adam Jay. American History of Inheritance Law. *Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Stanley N. Katz ed. 2009. FSU College of Law. Public Law Research Paper No. 258, p. 235. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=982428>. Acessado em 19.11.2019.

do testador (isto é, o exame da validade das suas disposições) deve se restringir às hipóteses escolhidas pelo legislador, afastando do intérprete o perigoso potencial de crítica moral das preferências do testador;

(c) as hipóteses de nulidade do negócio jurídico estabelecidas na Parte Geral do Código Civil se aplicam ao testamento, de forma que repercutem no conteúdo testamentário as nulidades previstas nos arts. 123, 137 e 166 do Código Civil;

(d) tais hipóteses gerais de nulidade têm contornos voláteis e devem ser lidas aos olhos das características de tempo e lugar adequados; assim, uma condição pode ou não ser considerada ilícita, ou contrária aos bons costumes, a depender de ter sido redigida ou analisada em 1920 ou 2020; no Brasil ou na China;

(e) notam-se crescente discussão sobre a validade de disposições testamentárias discriminatórias ou ofensivas à ordem pública, embora a questão não esteja disciplinada no ordenamento brasileiro como hipótese de nulidade. Nesse contexto, mais uma vez se percebe a tensão entre a liberdade de testar e a proteção de valores caros ao ordenamento. Entende-se que se está no momento de ampliar o debate de tais hipóteses, com os olhos postos em *prestigiar os valores* escolhidos pelo ordenamento jurídico brasileiro;

(f) o Código Civil impõe a filtragem do conteúdo nas hipóteses desenhadas nos arts. 1.900, 1.848, 1.959 e 1.964 do Código Civil, também a reforçar o espírito de compromisso do nosso Direito das Sucessões entre a liberdade de testar e a proteção do patrimônio familiar;

(g) o testamenteiro é figura essencial à defesa da validade das disposições testamentárias, não podendo se esquivar da função ou atentar contra ela, salvo nos casos em que a nulidade é indefensável;

(h) o prazo de caducidade para se postular a nulidade das disposições é controvertido, havendo quem entenda pelo prazo de cinco anos (do art. 1.859 do Código Civil) e de quatro anos (do art. 1.909, parágrafo único, do Código

Civil), o que pode vir a ser definido mediante a adoção do Anteprojeto de Lei apresentado pelo IBDFAM;

(i) há quem sustente a validade da cláusula de não impugnar a disposição testamentária que comina o herdeiro ou legatário da parte disponível com a perda da deixa; e

(j) há, também, quem defenda o cabimento da arbitragem em matéria sucessória, podendo ser, inclusive, imposta pelo testador aos herdeiros e legatários, na forma de cláusula compromissória testamentária.

O tema sobrevive, é claro, a este trabalho – quer se pensar que um tanto mais aceso do que antes –, merecendo debates que confiram maior segurança à prática do Direito das Sucessões e, sobretudo, maior conforto ao testador de que o mérito das suas disposições testamentárias há de passar exclusivamente por filtro de validade submetido a controle com base na lei e apoio dogmático, cujos contornos este trabalho pretende oferecer a conhecimento.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. Vol. XVIII, 2003.

ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

AMAYUELAS, Esther Arroyo I; GARCIA, David Bondia. *¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos?* El caso Pla y Puncernau vs. Andorra (STEDH, 13 de julio de 2004)". P. 11. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1425341.pdf>. Acessado em 17.11.2019.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ANDREWS, Evan. Did a Premature Obituary Inspire the Nobel Prize? *History Stories*. Publicado em 9.12.2016. Disponível em: <https://www.history.com/news/did-a-premature-obituary-inspire-the-nobel-prize>. Acessado em 12.12.2019.

ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil comentado*. 8ª ed. Barueri: Manole, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria do negócio jurídico e o negócio testamentário em Portugal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, nº 18, out.-nov./2010.

_____. *Direito civil*: Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Do concubinato ao casamento de fato*. Belém: CEJUP, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

_____. "O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individuais de autonomia da vontade e as supra-individualidades da família. Herdeiro e legatário". *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 95, pp. 273-281. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>, acessado em 20.4.2018.

_____. Ação de nulidade de testamento – Falta de *legitimatio ad causam* de quem não é herdeiro nem legatário – Os atos nulos podem, ou não, ser atos nulos "de pleno direito" – Cânones hermenêuticos e interpretação das exigências de formalidades essenciais no testamento público. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 345, jan.-mar./1999.

_____. "A conversão do negócio jurídico: seu interesse teórico e prático". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974, p. 183. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66720/69330>. Acessado em 9.6.2018.

AZEVEDO, Armando Dias de. *O fideicomisso no direito pátrio*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Do fideicomisso*. Monografia (Professor de Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de Porto Alegre, Porto Alegre, 1938.

BANDEIRA, Gustavo. A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa, prevista no novo Código Civil para os testamentos lavrados na égide do Código de 1916. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, vol. 6, n. 24, 2003.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 156-157; BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Magister, 2011.

BARROS, Ricardo Leonel de. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENETI, Ana Carolina; RODOVALHO, Thiago. "Algumas considerações sobre a utilização da arbitragem no direito de família e sucessório no Brasil". In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. VI. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1919.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Vol. II. 3ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. Vol 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969.

BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

BUTRUCE, Vitor Augusto José. *O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado*. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

BRANCO, Sérgio. "A natureza jurídica dos direitos autorais". *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-natureza-juridica-dos-direitos-autorais/>. Acessado em 29.4.2018.

CAHALI, Francisco José. “Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, abr.-jun./2008.

_____. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMPOS, Francisco. Testamento. Captação – Quando invalida a disposição testamentária – Relações amorosas entre o testador e a legatária – Desvelo incomum desta para com aquele – Necessidade da existência de dolo para caracterização do domínio da vontade. Tutela. Instituição por testamento – Filho menor reconhecido – Sobrevivência, todavia, da mãe deste ao testador – Pátrio poder devolvido a ela – Hipótese em que subsiste a disposição testamentária – Aplicação do art. 384, n. IV do Código Civil. Vínculo. Disposição testamentária prescrevendo a inalienabilidade de ações compreendidas na legítima do filho do testador – Restrição imposta no sentido de, em caso de sub-rogação, poderem elas ser vendidas somente a determinada pessoa – Validade da cláusula. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 197.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Testamento – Condição juridicamente impossível. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 91, nº 332, out.-dez./1995.

CARNELUTTI, Francesco. Captazione del testamento e indegnità a sucedere. *Rivista di Diritto Civille*. Milão: Società Editrice Libraria, 1933.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistema de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CHALMERS, James. Testamentary conditions and public policy. In: REID, Keneth; WAAL, Marius de; ZIMMERMANN; Reinhard (ed.). *Exploring the law of succession*. Edinburg: Edinburg University Press, 2007.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. “Obras póstumas e direito de autor”. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (coord.). *Direito civil*: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

CONTINENTINO, Mucio. *Da clausula penal no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1926.

COPSON, Andrew. Schools which gender discriminate should not be allowed to split in order to evade court ruling. *The Telegraph*. Publicado em 31.10.2017. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/education/2017/10/31/schools-gender-discriminate-should-not-allowed-split-order-evade/>. Acessado em 16.11.2019.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem*: comentários à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2016.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Sucessão e cláusulas restritivas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direto sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*. Cascavel: NEJUS, nº 4, maio/2015. Disponível em: Disponível em: <https://www.univel.br/sites/default/files/revistajuridica/revista_04_edition.pdf>. Acessado em 3.10.2019.

CUBARRUBIA, RJ. "Adam Yauch's Will Prohibits Use of His Music in Ads". *Rolling Stones*. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/music/news/adam-yauchs-will-prohibits-use-of-his-music-in-ads-20120809>. Acessado em 29.4.2018.

DECOLAR.COM é multada em R$ 7,5 milhões por diferenciar preço de acordo com região. Migalhas, publicado em 19.6.2018, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI282013,61044-Decolarcom+e+multada+em+R+75+milhoes+por+diferenciar+preco+de+acordo>. Acessado em 17.4.2019.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEGNI, Francesco. *Lezioni di diritto civile*: la successione a causa di morte. Vol. II. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1936.

DICIONÁRIO Michaelis. Editora Melhoramentos, 2019, versão eletrônica, disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=discriminar>, acessado em 17.4.2019.

DICKSTEIN, Marcelo. *Nulidades prescrevem?*: uma perspectiva funcional da invalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Vol. 23. Nº 25. 2013. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12366/9413>. Acessado em 19.12.2019.

DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil comentado*. 8ª ed. Barueri: Manole, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DEVELOPMENTS in the Law – More Data, More Problems. 131 *Harvard Law Review* 1715, 1790. Publicado em 10.4.2018. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2018/04/what-is-an-electronic-will/>. Acessado em 19.11.2019

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*, v. 22. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 6. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Questões jurídicas e pareceres*. São Paulo: Editora Monteiro Lobato, 1925.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: sucessões. Vol. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

FELLET, João. Monarquistas ocupam cargos em Brasília e reabilitam grupo católico ultraconservador. *BBC News Brasil*. Publicado em 4.4.2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47728267>.Acessado em 16.12.2019.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direito das sucessões*. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris?, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Durval. *Negócio juídico condicional*. Coimbra: Almedina, 1998.

FERREIRA, José do Valle. Subsídio para o estudo das nulidades. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 53, n. 341, mar./1964.

FERREIRA, Tarlei Lemos. *Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar*. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo: IOB, vol. 86, out.-nov./2014.

FERREIRA, Waldemar. O "trust" anglo-americano e o "fideicomisso" latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 51, pp. 182-202. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66250. Acessado em 3.12.2019.

FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão Testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928.

FRAGA, Affonso. Breve estudo das disposições modais em suas atinências com as condicionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121.

FRANÇA, Rubens Limongi. O conceito de morte, diante do direito ao transplante e do direito hereditário. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 8, 1995.

FURTADO, Paulo. *Juízo arbitral*. 2ª ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A justa causa no novo testamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Vol. 2. São Paulo: Método, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. "Cláusula cominatória em testamento". In: *Novas questões de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GOZZO, Débora; VENOSA, Silvio de Salvo. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. C*omentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. *Revista de direito e de estudos sociais*. Coimbra: Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito, ano XVIII, nos 1-4, 1972.

_____. *Da condição nos testamentos*: impossibilidade e ilicitude. Dissertação de licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [S.l.: s.n.], 1942.

HENRIQUE, Brás. "Vende-se Portinari por uma pechincha". O Estado de São Paulo. Disponível em: < http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,vende-se-portinari-por-uma-pechincha,393350>. Acessado em 29.4.2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Ação de rompimento de testamento público. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, vol. 17, jul.-set./2018, pp. 171-197.

_____. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 108, 2013, pp. 199-219. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983. Acessado em 22.11.2018.

_____. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mencanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, vol. 21, jul.-set./2019, pp. 87-109.

HIRSCH, Adam Jay. American History of Inheritance Law. *Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Stanley N. Katz ed. 2009. FSU College of Law. Public Law Research Paper No. 258. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=982428>. Acessado em 19.11.2019.

Instituto Brasileiro de Direito de Família, "Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões". Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf>. Acessado em 3.5.2018.

JURISPRUDÊNCIA brasileira. *Testamento*. Nº 81. Curitiba: Juruá, 1983.

KENNEDY, Gerrick D. "Adam 'MCA' Yauch's will forbids use of Beastie Boys' music in ads". *Los Angeles Times*. Disponível em: <http://articles.latimes.com/2012/aug/10/entertainment/la-et-ms-adam-yauch-ads-beastie-boys-20120810>. Acessado em 29.4.2018.

KELLY, Daniel B. Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications, 82. *Fordham L. Rev.* 1125 (2013). P. 1.171. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/950>. Acessado em 12.11.2019.

KOLOKOSSIAN, Garbis. What are the strangest will requests ever made? Publicado em 13.3.2018. Disponível em: <https://www.contestingwills.com.au/document-366/what-are-the-strangest-will-requests-ever-made>, acessado em 18.7.2019.

LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeito dos Santos Editor, 1917.

LAMEK, P. S. A.. "In Re Lysaght: Hill v. The Royal College of Surgeons, [1965] 3 W.L.R. 391". *Osgoode Hall Law Journal*, 4.1, 1966. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2418&context=ohlj>. Acessado em 2.4.2019.

LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

LIMA JÚNIOR, Bruno de Mendonça. Nulidade de testamento - Bens deixados a entidade com sede no estrangeiro - Condição impossível e ilícita - Ação dos herdeiros. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 621, jul./1987.

LÔBO, Paulo. *Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. Vol. 1. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 251-305.

MAIA, Paulo Carneiro. *Substituição fideicomissária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. "Aspectos controvertidos do compromisso". In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; Carmona, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: funções, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. "Teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro". *AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1989.

_____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e o direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito de herança. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, nº 112, 2011, p. 86.

_____. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MAURO, Giovanni di. La clausola arbitrale testamentaria. *Giustizia civile.com*. Vol. 6. 2017. Disponível em: <https://www.notaioricciardi.it/UFFICIO/Successioni_Donazioni/clausola%20arbitrale%20testamentaria%20(giust.civ.).pdf>. Acessado em 30.1.2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LOPES, Ana Beatriz Pimentel. A sucessão testamentária da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTEIRO, Lucas Rosa. *A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. Vol. VI. 37ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 72, 2016.

MORAES, Antão de. "Testamento cerrado. Decisão que manda cumprir – Se faz coisa julgada quanto às formalidades extrínsecas – Inobservância dessas formalidades – Ação para anulá-lo com fundamento no art. 1.719, n. III do Código Civil (Legado à concubina) – Prazo prescricional – Presunção do concubinato – Caso de nulidade do legado". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 237, 1955.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.com.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf>. Acessado em 29.4.2018.

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, jul.-set./2003.

MUNIZ, Polyana Stocco. *De "além do princípio de prazer" ao "além do princípio de desempenho"*: ressonâncias da teoria das pulsões no pensamento de Herbert Marcuse. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: noções e princípio fundamentais. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coord.). *10 anos do Código Civil*: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *Função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sob a ótica civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo: Padma, vol. 5, 2001.

_____. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Forum, 2019.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *"Integração" de lacunas contratuais*: em busca de um método. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NÚMERO de testamentos lavrados cresce 42% nos últimos cinco anos. *Migalhas*. Publicado em 20.10.2017. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267466,51045-Numero+de+testamentos+lavrados+cresce+42+nos+ultimos+cinco+anos>. Acessado em 16.12.2019.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. Vol. II. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1952.

_____. *Elementos de direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas do Jornal do Brasil, 1918.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Testamento*: apontamentos. Coimbra: Reproset, [199?].

OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PADOVANI, Fabio. Testamento e arbitrato. *Rassegna di Diritto Civile*. Vol. 1. Napoli. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A morte e a sua repercussão na vida negocial. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 10, n. 9, 1996.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Comentários ao Código Civil de 2002*. Vol. I. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Instituição de legado em benefício de fundação a ser constituída – Derrogação das leis de mão morta – Quando o testamenteiro é nomeado inventariante. *Revista Forense*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, v. IX, 1908.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERLINGIERI, Giovanni. *Negozio illecito e negozio illegale*: una incerta distinzione sul piano degli effetti. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2013.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação – algumas notas. In: Tribunal Constitucional. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges. *Droit civil français*. Tomo 5. Paris: Librairie Générale de droit & de jurisprudence, 1933.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Vol. I. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

_____. *Tratado dos testamentos*. Vol. III. Leme: BH Editora, 2005.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo LVII. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo LVIII. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo LX. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POTHIER, R. J., BUGNET, M. *Ouevres de Pothier annotees et mises en correlation avec le code civil et la legislation actuelle*. Vol. 08. Paris: Henri Plon, 1861.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

PRETTO, Cristiano. Redescoberta da personalidade e testamento. *Revista IBDFAM Família e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 18, 2016.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica, v. 9, n. 25, 1979.

RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/o-eterno-retorno/>. Acessado em 3.12.2019.

RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. "Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo". *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 1, jan.-abr./2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCCHI, Rosanne T. Testamentary Freedom and Policy Constraints. Publicado em março de 2016. Disponível em: <https://www.millerthomson.com/en/publications/communiques-and-updates/wealth-matters/march-2016-wealth-matters/testamentary-freedom-and-policy-constraints/>. Acessado em 8.11.2019.

RODRIGUES, Cláudia. As leis testamentárias de 1765 e 1769 no contexto das "reformas pombalinas" no mundo luso-brasileiro. *XIII Encontro de História Anpuh-Rio*. Disponível em <http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212772170_ARQUIVO_Asleistestamentariasde1765e1769-CLAUDIARODRIGUES.pdf>. Acessado em 1.7.2019.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito civil*. Vol. 7. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. "Testamentos. Requisitos de validade. Possibilidade de o testador indicar os bens que comporão a legítima dos herdeiros necessários. Legalidade da cláusula que comina pena aos herdeiros que se rebelarem contra o testamento. Fideicomisso. Proibição de sua instituição além de um grau. Possibilidade de indicar desde loho substituto aos fideicomissários. Legalidade da cumulação da substituição vulgar e fideicomissária. Possibilidade de os fideicomissários serem escolhidos pela fiduciária, dentro de certo grupo apontado pelo testador". In: *Direito civil aplicado*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. "Testamento. Cláusula testamentária deixando administração de legítima dos bens à viúva. Invalidade da disposição. Limites legais à clausulação de legítima. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil. Mandato tácito. Conceito. Obrigações do mandatário, inclusive a de prestar contas. Liberalidade. Quando feita com bens do espólio imputam-se no quinhão do inventariante". In: *Direito Civil aplicado*. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Dos vícios do consentimento*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

ROQUE, Sebastião José. *Direito das sucessões*. São Paulo: Ícone, 1995.

ROSA, Carla Müller da. Os motivos enquanto elemento juridicamente relevante. In: BENETTI, Giovana (coord.) *et al*. *Direito, cultura, método*: leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, pp. 718-738.

ROSÉS, Fernando Carol. Libertad para testar y libertad de testar. La eficacia inter privados del principio de no discriminación. In: MOTA, Helena; GUIMARÃES, Maria Raquel (coord.). *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões*. Coimbra: Almedina, 2016.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXIII. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XXIV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Joel Belchior da. A discriminação e o direito civil: breves notas sobre as consequências jurídicas da discriminação. *Jurismat*, Portimão, 2017, nº 10, p. 126.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SILVA, Regina Célia de Almeida da; et al. *Testamento*. Rio de Janeiro: Esplanada: ADCOAS, 1993.

SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Famílias e sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

_____. In: LAGRASTE NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). *Dicionário de direito de família*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 1). *Conjur*. Publicado em 5.8.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>. Acessado em 17.4.2019.

_____. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 2). *Conjur*. Publicado em 11.8.2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>. Acessado em 17.4.2019.

_____. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SNEDDON, Karen J. The Will as Personal Narrative (2013). *Elder Law Journal*, Vol. 20, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2354609>. Acessado em 12.12.2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico*: nulidades e anulabilidades no Direito Civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das cláusulas restrictivas da propriedade*: inalienabilidade, impenhorabilidade incommunicabilidade, conversão e administração. São Paulo: Escolas Prof. Salesianas, 1910.

STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus". Publicado em17.9.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acessado em 5.4.2019.

STJ: Nancy valida testamento que contou apenas com impressão digital da testadora. Migalhas, publicado em 11.12.2019, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI316917,81042-STJ+Nancy+valida+testamento+que+contou+apenas+com+impressao+digital>. Acessado em 11.12.2019.

SWENNEN, Frederik; BARBAIX, Renate. Ethical Wills – A Continental Law Perspective. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 4, No. 2, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2431115>. Acessado em 22.7.2019.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. Vol. 10. 2016.

_____. *Direito civil*. Vol. 6. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TATSCH, Arno Gaspar. Anotações quanto ao testamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 302, abr.-jun./1988, pp. 69-83.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Sucessão testamentária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direito das sucessões*: noções fundamentais. 2ª ed. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1973.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A discriminação no direito brasileiro (breve incursão pelo Direito Internacional Privado). In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (coord.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Minorias no direito civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Padma, v. 10, abr.-jun./2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

THE Second-Best Bed. The Shakespeare Birthplace Trust. Disponível em: <https://www.shakespeare.org.uk/about-us/>. Acessado em 16.12.2019).

TOLEDO, Maria Beatriz de Miranda. *Captação dolosa da vontade do testador*. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito). Ibmec, Rio de Janeiro, 2014.

TRUSTS and estates – Electronic wills – Michigan Court of Appeals holds electronic document to be valid will under harmless error rule – In re Estate of Horton, No. 339737 (Mich. Ct. App. July 17, 2018) (*per curiam*). 132 *Harvard Law Review* 2082. Publicado em 10.5.2019. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2019/05/in-re-estate-of-horton/>. Acessado em 19.11.2019.

UBILLOS, Juan María Bilbao, Proibição de discriminação e relações privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALVERDE, Iracema A.; ALMEIDA, Patrícia de Castro; GONÇALVES, Angela Clara F. (org.). *Testamento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.

VENOSA, Silvio de Salvo. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, nº 91, 2007.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1993.

XAVIER, Rita Lobo. *Planejamento sucessório e transmissão do patrimônio à margem do direito das sucessões*. Porto: Universidade Católica do Porto Editora, 2016.